Münster.1932.№8 Jur. Diss.

Das öffentliche Bucheigentum der Bibliotheken

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster i. W.

vorgelegt von
Friedrich Kempke
Berlin-Neukölln

1932

Das öffentliche Bucheigentum der Bibliotheken

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster i. W.

vorgelegt von
Friedrich Kempke
Berlin-Neukölln

1932

Referent:

Professor Dr. E. Neuwiem

Korreferent:

Professor Dr. O. Bühler

Schrifttum

1. Lehrbücher, Systeme, Kommentare, Monographien, Aufsätze

Affolter, Rechtsbegriffe und Wirklichkeit, Archiv des öffentl. Rechts, Bd. 21.

Almsick, van, Die Rechtsstellung des Privateigentümers v. Sachen des Gemeingebrauchs, 1928.

Amberg. Der Baseler Schanzenstreit, Schweizer. Zentralblatt f. Staats- u. Gem.-Verw., 1918.

Anschütz, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, Verwaltungsarchiv, Bd. 5.

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1929.

Apelt, Gibt es ein Recht des Einzelnen auf Benutzung der öffentlichen Wege?, Fischers Ztschrft. f. Praxis u. Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 30.

Appelius, Eine Verpflichtung der Verleger zur Abgabe von Freiexemplaren, Deutsche Juristenzeitung, Bd. 3.

Arndt, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 1895.

Arndt, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1901.

Behr, Öffentlicher Grund und Staatsgrund im Hamburgischen Verwaltungsrecht, Hanseatische Rechts- u. Gerichtsztschrft., 1930, Abt. A.

Bekker, System des Pandektenrechts, 1886/89.

Bering, Rechte an öffentlichen Wegen, 1894.

Berthélemy, Droit administratif, 1911.

Bezold, Das pfälzische Recht der Gemeindewege, Blätter für administrative Praxis, Bd. 65.

Biermann, Die öffentlichen Sachen, 1905.

Bornhak, Das Verwaltungsrecht in Preußen unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches, Verwaltungsarchiv, Bd. 8.

Brein, Das Pflichtexemplar in Frankreich, Zentralblatt für Bibliothekswesen, Bd. 43.

Bühler, Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv, Bd. 27.

Bühler, Lehrbuch des Steuerrechts I, 1927.

Burger, Die Pflichtstücke nach dem neuen österreichischen Preßgesetz, Zentralblatt für Bibliothekswesen, Bd. 39.

Calker, van, Grundzüge des Deutschen Verwaltungsrechts, 1929.

Dambach, Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reiches, 1901.

Dernburg, Rechtsgutachten über den Streit bezüglich der Festungswerke bei der Stadt Basel, 1862.

Dernburg, Pandekten, 8. Aufl., 1911/12.

Ecker, Rheinisches Wegerecht, 1906.

Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu, 1873.

Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 1928.

Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906.

Foerster-Eccius, Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts, 4. Aufl.

Franke, Der Leihbetrieb der öffentlichen Bibliotheken und das geltende Recht, 1905.

Friedberg, Kirchenrecht, 6. Aufl.

Friedrichs, Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht, Archiv des öffentl. Rechts, Bd. 40.

Friedrichs, Der allgemeine Teil des Rechts, Annalen des Deutschen Reiches, Bd. 50.

Friedrichs, Das Recht der öffentlichen Gewalt, 1930.

Friedrichs, Eigentum an öffentlichen Wegen, Gruchots Beiträge z. Erl. d. Dtsch. R., Bd. 62.

Friedrichs, Über öffentliche dingliche Rechte, Preußisches Verwaltungsblatt, 1918.

Gardthausen, Handbuch der wissenschaftlichen Bibliothekskunde, 1920.

Gehring, Beschlagnahme und Unbrauchbarmachung von Druckschriften und die öffentlichen Bibliotheken, Annalen d. Dtsch. R., Bd. 56—58.

Gerloff, Handbuch der Finanzwissenschaft, 1926.

Germershausen, Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen, Sammlg. Handbücher des preuß. Verwaltungsrechts, 1907.

Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1873.

Gierke, Deutsches Privatrecht, 1905.

Giese-Neuwiem-Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht, 1930.

Häntzschel, Reichspreßgesetz, 1927.

Halbey, Begriff und Wesen des Öffentlichen Rechts, Verwaltungsarchiv, Bd. 4.

Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuch, Verwaltungsarchiv, Bd. 7.

Hatschek, Grundzüge des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 1927.

Hatschek, Lehrbuch des preußischen und deutschen Verwaltungsrecht, 1927.

Hauriou, Précis de droit administratif, 1911.

Hawelka, Die Rechte an öffentlichen Wegen in Österreich, Wiener staatswissenschaftliche Studien, Bd. 9, 1910.

Hawelka, Österreichisches Friedhofsrecht, dortselbst, 1905.

Helfritz, Der Meeresstrand im preußischen öffentlichen Recht der Gegenwart, Verwaltungsrechtl. Abhandlungen, 1925.

Hellmuth, Die Entwicklung der Rechtsidee von der öffentlichen Anstalt im Geschäftsbereich der Deutschen Reichspost, Eisenbahn- und verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen, Bd. 43.

Herrnritt, Österreichisches Verwaltungsrecht, 1925.

Hessel, Geschichte der Bibliotheken, 1925.

Höpfner, Hat derjenige, unter dessen Adresse einem Boten oder der Postanstalt ein Brief oder ein Paket zur Bestellung gegeben worden ist, ein eigenes Recht, von dem Boten oder der Postanstalt die Ausantwortung des Briefs oder Pakets an ihn zu fordern? Archiv f. zivil. Praxis, Bd. 36.

Hofacker, Grundrechte und Grundpflichten des Deutschen, 1926.

Hofacker, Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Besprechung, 1931,

Holstein, Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, Öffentlich-rechtliche Abhandlungen, 1921, 1—3.

Jellinek, G., Allgemeine Staatslehre, 1905.

Jellinek, G., „Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht", Verwaltungsarchiv, Bd. 5.

Jellinek, G., System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905.

Jellinek, W., Verwaltungsrecht, 1929,

Jellinek, W., Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Öffentliches Recht der Gegenwart, 1925.

Jèze, Das Verwaltungsrecht der französischen Republik, Öffentliches Recht der Gegenwart, Bd. 23, 1913.

Jèze, Régime juridique des charges qui pèsent sur les riverains des voies publiques, Revue du droit public, 1912.

Jhering, Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel, 1862.

Jhering, Erwiderung auf das von H. Dernburg, Professor in Halle, in dem Rechtsstreit über die Baseler Festungswerke abgestattete Rechtsgutachten, 1862.

Kappeler, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufes, 1867.

Karadgé-Iskrow, Les choses publiques en droit Romain, 1928.

Karstens, wie bei Höpfner, Archiv f. zivilist. Praxis, Bd. 37.

Kaufmann, Verwaltungsrecht, Stengel-Fleischmanns Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. 3.

Kaufmann, Otto Mayer, Verwaltungsarchiv, Bd. 30.

Keller, von, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel nach deren gegenwärtigem Rechtsverhältnisse betreffend, 1861.

Keller, von, Erwiderung auf das veröffentlichte Gutachten des Herrn Professor Rüttimann, betreffend die Baseler Festungswerke, 1860.

Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl.

Kisch, Handbuch des Elsaß-Lothringischen Privatrechts, 1905.

Koehne, Der öffentliche Entschädigungsanspruch der Anlieger an Straßen bei Veränderungen der letzteren, Archiv des öffentl. R., Bd. 13.

Koehne, Ist die laufende Verwaltung der Ortsstraßen im preußischen Landrechtsgebiet ein Ausfluß privaten oder öffentlichen Rechts?, Verwaltungsarchiv, Bd. 8.

Köstler, Die Natur des österreichischen Postrechts, Grünhuts Ztschrft. f. d. Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart, Bd. 42.

Köttgen, Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, 1928.

Köttgen, Grundprobleme des Wasserrechts, 1925.

Kotula, Das Pflichtexemplar in Polen, Zentralbl. f. Bibl., Bd. 34.

Kormann, Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts, bearb. v. Fr. List, 1930.

Kormann, Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentl. Rechts, Annalen des Dtsch. Reichs, 1911.

Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910.

Krückmann, Enteignung, Einziehung, Kontrahierungszwang, ... und die Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1930.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. (1913).

Labes, Beschlagnahmte Druckschriften und ihre Verweisung an staatliche Bibliotheken, Zentralbl. f. Bibl., Bd. 40.

Lassar, Grundbegriffe des preußischen Wegerechts, 1919.

Laue, Der Rechtscharakter des Gemeingebrauchs am Meeresstrande, Verwaltungsarchiv, Bd. 34.

Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts, 1902.

Linde, Über die Haftverbindlichkeit der Postanstalt, 1859.

List, Das Recht der Hessischen Staatsbibliotheken auf Freiexemplare unter Berücksichtigung allgemeinen deutschen Verwaltungsrechts, Zentralbl. f. Bibl., Bd. 44.

List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, 1928.

Lißt, von, Das deutsche Reichspreßrecht, 1880.

Loebell, Die Rechte der Anlieger an städtischen Straßen im Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts, Gruchots Beiträge zur Erl. d. Dtsch. Rechts, Bd. 41.

Lundstedt, Über die Abgabe der Pflichtexemplare von Druckerzeugnissen an die Bibliotheken in Schweden, Zentralbl. f. Bibl., Bd. 8.

Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht, 1924.

Mayer, O., Neues vom öffentlichen Eigentum, Archiv d. öffentl. R., Bd. 39.

Mayer, O., Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886.

Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927.

Meurer, „Heilige Sachen", Stengel-Fleischmanns Wörterbuch des Dtsch. Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. II.

Milkau, Die Bibliotheken, i. „Die Kultur der Gegenwart", 1906.

Moll, Zur Lehre von den öffentlichen Sachen, Gruchots Beitr. z. Erl. d. Dtsch. Rechts, Bd. 54.

Nawiasky, Deutsches und Österreichisches Postrecht, 1909.

Neuwiem, Die kommunalen Zweckverbände in Preußen, 1919.

Nipperdey, Grundrechtskommentar, 1930.

Oertmann, Bayrisches Landesprivatrecht, 1903.

Paalzow, Die Pflichtexemplare und ihre Gegner, Zentralbl. f. Bibl., Bd. 18.

Paris, Entschädigungsberechtigung der Adjazenten, 1881.

Pernice, Die sogenannten res communes omnium, Festg. f. Dernburg, 1900.

Peters, Die Ersitzbarkeit von Gegenständen öffentlich-rechtlichen Eigentums in bes. Beziehung auf Stücke aus Archiven des Staates oder anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften in Preußen, Verwaltungsarchiv, Bd. 24.

Rausnitz, Das Recht an den öffentlichen Flüssen nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht. Gruchots Beitr. z. Erl. d. Dtsch. Rechts, Bd. 39.

Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbekonzessionen, 1889.

Rolland, Précis de droit administratif, 1926.

Rüttimann, Gutachten, betreffend die Rechte, welche dem Kanton Basel-Landschaft an den die Stadt Basel umgebenden Festungswerken zustehen, 1859.

Rüttimann, Nachtrag zu dem Gutachten, betreffend die Baseler Festungswerke, und Erwiderung auf die Bemerkungen des Herrn Geh. Justizrats und Prof. von Keller in Berlin, 1860.

Sarwey, von, Öffentliches Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880.
Schelcher, Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und für das Privatrecht, Fischers Zeitschrift f. Praxis u. Gesetzg. d. Verw., Bd. 31.
Schelcher, Zur Lehre vom öffentlichen Eigentum, daselbst, Bd. 48.
Schellmann, Über die rechtliche Natur des Postbeförderungsvertrages, 1861.
Schenk, von, Die Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts, Österreich. Zeitschrift f. öff. Recht, 1. Jahrgang.
Schoen, Evangelisches Kirchenrecht in Preußen, 1910.
Schultzenstein, Die Widmung zum öffentlichen Wege, Verwaltungsarchiv, Bd. 28.
Sell, Über den Erwerb des Eigentums an Briefen, Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 21.
Seydel, von, Bayrisches Staatsrecht, Öffentliches Recht der Gegenwart, 1913.
Stammler, Das Recht des Gebrauches öffentlicher Straßen, Gruchots Beitr. z. Erl. d. Dtsch. Rechts, Bd. 70.
Stier-Somlo, Rechtsstaat, Verwaltung und Eigentum, Verwaltungsarchiv, Bd. 30.
Stois, Das Recht der Pflichtexemplare mit bes. Berücksichtigung des Dtsch. Rechts, Zentralbl. f. Bibl., Bd. 42.
Stois, Streitfragen aus dem Bayrischen Pflichtexemplarrecht, daselbst 1930.
Triepel, Der Konviktorienbeitrag der Landschaft Norder-Dithmarschen, Festg. für Brunner, 1924.
Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, 1931.
Vossen, Über das Grenzgebiet zwischen Enteignung und polizeilichem Eingriff ins Privateigentum, Archiv d. öffentl. Rechts, Bd. 22.
Wagner, Lehr- und Handbuch der politischen Ökonomie, 1893,
Waldecker, Die Anstaltspolizei, Annalen des Dtsch. Reichs, 1915.
Walther, Das Fernsprechanschlußverhältnis — ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, Verwaltungsarchiv, Bd. 34.
Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht, 1867.
Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, 1924.
Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1883.

2. Dissertationen.

Bühler, Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auf dem Gebiete der Verwaltung, 1912.
Buser, Die rechtliche Stellung der Postanstalt nach schweizerischem Recht, 1913.
Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht, 1904.
Kollath, Die Geltung der römisch-rechtlichen Grundsätze über die res extra commercium, 1894

3. Gerichtsentscheidungen.

a) Das Reichsgericht in Zivilsachen, Entscheidungen, Bd. 1, S. 366.
Bd. 8, S. 152.
Bd. 10, S. 271.
Bd. 48, S. 297.
Bd. 80. S. 123.
Bd. 91, S. 89.
Bd. 94, S. 35.
Bd. 95, S. 144.
Bd. 99, S. 96.
Bd. 109, S. 320.
Bd. 111, S. 320.
Bd. 131, S. 264.

Preuß. Verwaltgs. Bl.	Bd. 21, S. 97.
Gruchots Beitr.	Bd. 57, S. 186.
Ztschrft. f. franz. Zivilrecht	Bd. 24, S. 72.
Rheinisches Archiv	Bd. 107, S. 375.
Seufferts Archiv	Bd. 65, Nr. 241.
Jurist. Wochenschrft.	1898, S. 176.
Fischers Ztschrft.	Bd. 21, S. 350.
Gruchots Beitr.	Bd. 59, S. 170.

b) Das Reichsgericht in Strafsachen, Entscheidungen, Bd. 56, S. 19.

c) Das Preußische Oberverwaltungsgericht, Entscheidungen, Bd. 6, S. 355.
Bd. 8, S. 213.
Bd. 12, S. 282; 413.
Bd. 13, S. 32.
Bd. 15, S. 277.
Bd. 18, S. 321.
Bd. 20, S. 448.
Bd. 30, S. 212.
Bd. 33, S. 450.
Bd. 36, S. 434.
Bd. 39, S. 100.
Bd. 52, S. 344.
Bd. 54, S. 261.
Bd. 60, S. 286.
Bd. 62, S. 301.
Bd. 65, S 279.
Bd. 72, S. 329.
Bd. 73, S. 364.
Bd. 75, S. 400.
Bd. 76, S. 364.
Bd. 77, S. 356.
Bd. 83, S. 199.
Reichsverwaltungsblatt, Bd. 52, S. 330.
Reichsverwaltungsblatt, Bd. 9, S. 471.
Fischers Zeitschrift Bd. 31, S. 355.

d) Das Sächsische Oberverwaltungsgericht, Endscheidungen, Jahrbücher Bd. 2, S. 99.
Bd. 6, S. 277.
Bd. 15, S. 175.
Bd. 17, S. 6.
Bd. 18, S. 216.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547410_0169

Inhaltsangabe

Seite

Literaturverzeichnis . . . . . 3— 7

§ 1. Einleitung . . . . . 11—14

1. Teil: Die öffentlichen Bibliotheken.

§ 2. I. Das Merkmal der Öffentlichkeit in der Geschichte der Bibliotheken . . . . . 15—16

§ 3. II. Begriffsbestimmung der öffentlichen Bibliothek . . . . . 16—19

2. Teil: Das öffentliche Bucheigentum.

A. Das Problem des öffentlichen Eigentums im allgemeinen.

I. Die Frage nach einem öffentlichen Sachenrecht und einem öffentlichen Eigentum . . . 20—24

§ 4. 1. Die öffentlichen Sachen im engeren Sinn . . . . 21—23

§ 5. 2. Rechtsquellen . . . . . 23—24

II. Die Theorien des öffentlichen Eigentums . . 24—29

§ 6. 1. „Modifiziertes Privateigentum“ oder Privateigentum mit publizistischen Beschränkungen . . . . . 24—25

2. Abweichende Theorien . . . . . 25—26

a) Öffentliches Eigentum als Hoheitsrecht des Staates 25

b) Doppeltes Eigentum der Personen des privaten und öffentlichen Rechts 25

c) Doppelte Persönlichkeit des Inhabers der öffentlichen Gewalt 26

d) Das öffentliche Eigentum als subjektives öffentliches Recht 26

§ 7. 3. Die Theorien vom „öffentlich-rechtlichen“ Eigentum 26—29

a) Die französische Theorie vom „Domaine public“ 26—28

b) Otto Mayers Theorie vom „öffentlichen Eigentum“ 28—29

B. Die Anwendbarkeit der Idee vom öffentlich-rechtlichen Eigentum auf den Bücherschatz der Bibliotheken.

§ 8. I. Bibliotheksbücher als öffentliche Sachen . . 29—32

II. Die Entstehung und Endigung des Bucheigentums . . . . . 32—34

Seite

§ 9. 1. Entstehungstatsachen . . . . . 32—34
§ 10. 2. Endigungstatsachen 34

III. Das Wesen des öffentlichen Bucheigentums der Bibliotheken. Kritik der Gegenmeinungen 34—49
§ 11. 1. Allgemeines . . . . . 34—36
§ 12. 2. Absolutes Eigentum . . . . . 36—37
§ 13. 3. Öffentlich-rechtliches Bucheigentum . . . . . 37—40
§ 14. 4. Kritik der Gegenmeinungen . . . . . 40—46
§ 15. 5. Der Gemeingebrauch . . . . . 46—49

3. Teil: Die Rechtsordnung des öffentlichen Bucheigentums.

§ 16. I. Die Gebrauchserlaubnis. Öffentlich-rechtliche Anstaltsnutzung . . . . . 50—55
§ 17. II. Die Benutzungsordnung . . . . . 55—56
§ 18. III. Die Bibliotheksgebühr . . . . . 56—57
§ 19. IV. Anstaltsgewalt. Anstaltspolizei . . . . . 57—59
§ 20. V. Das Freiexemplar — ein rechtmäßiger Eingriff in privates Recht zu Gunsten öffentlicher Bibliotheken . . . . . 59—61
§ 21. VI. Streitigkeiten über das öffentliche Bucheigentum . . . . . 61—62
§ 22. Leitsätze . . . . . 63—64

Einleitung

§ 1.

In doppelter Form wird in die Entwicklung der Wissenschaft eingegriffen: „Das eine Mal vollzieht sich der Fortgang von Forschung und Lehre im engen Anschluß an ihr Schaffen, dessen Methodik und Ergebnisse den bleibenden Unterbau für alles neu zu gewinnende bieten; das andere Mal ist es vor allem die kritische Einstellung der Mitschaffenden zu ihrem Werk. In dem Mit- und Gegeneinanderwirken beider Schaffensformen vollzieht sich die Entwicklung der Wissenschaft überhaupt; erst diese kann zeigen, ob die bleibende Bedeutung einer wissenschaftlichen Leistung mehr in ihrer system-bildenden oder in ihrer problem-zeugenden Kraft liegt"[1]).

Aber es ist auch die wissenschaftliche Einzeluntersuchung, die uns in ihrem Anschluß an die Tatsächlichkeit der verwaltungsrechtlichen Erscheinungsformen in Rechtsprechung und Behördenübung zeigt, ob und inwieweit sich diese zur begrifflichen Einheitlichkeit eines dogmatischen Gebildes zusammenschließen lassen. So war es Sache der Forschung, innerhalb der von den Pandekten befreiten öffentlich-rechtlichen Disziplinen einzelne Rechtsbegriffe herauszunehmen und die ihnen gemeinsamen Grundlagen und Rechtssätze zu Rechtsinstituten zusammenzustellen. Hier wirkte Otto Mayer[2]) bahnbrechend,

---

[1]) Holstein, Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, Oeffentlich-rechtliche Abhandlungen, 1921, 1—3. Otto Mayers „Deutsches Verwaltungsrecht" entfaltet seine Wirkungen nach beiden Richtungen. Auf der einen Seite schloß sich eine eigene wissenschaftliche Schule daran mit umfassender literarischer Tätigkeit: Fleiner, Institutionen; Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte sowie seine „Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts"; in Hirths Annalen des Deutschen Reichs, 1911, S. 850 ff. und zahlreiche Einzeluntersuchungen.

Kritische Durcharbeitung und gelegentliche Auseinandersetzungen mit einzelnen Anschauungen und Sätzen Otto Mayers erfolgten andererseits durch Rehm, im Arch. f. öff. R., Bd. 12, S. 590 ff.; Jellinek, im Verw.-Arch., Bd. 5, S. 309 ff.; Lassar, Grundbegriffe des preußischen Wegerechts, 1919 u. Bühler, Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht, im Verw.-Arch., Bd. 27, (1919), S. 283 ff.

Ein neuer entscheidender Anstoß war in den Untersuchungen Erich Kaufmanns über die Grundfragen von Verwaltung und Verwaltungsrecht in Stengel—Fleischmanns Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. 3, S. 688 ff. (vgl. auch Kaufmann, Otto Mayer, im Verw.-Arch., Bd. 30, S. 377 ff.), zu erblicken. Hier geschah nicht nur eine begriffskritische, sondern auch rechtsvergleichende und entwicklungsgeschichtliche Durcharbeitung der Problemreihen, Auseinandersetzung mit den dogmatischen Gestaltungen der französischen Verwaltungsrechtslehre in stark kritischer Stellung gegen Otto Mayers besondere „juristische Methode". Bei aller Abneigung Otto Mayers gegen Auseinandersetzungen über Methodenfragen sieht indessen auch Holstein, „Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung", in den öffentlich-rechtlichen Abhandlungen, 1921, 1—3, in dem Problem der Methodenlehre „die unerläßliche Vorbedingung für die erkenntniskritische Selbstbesinnung jeder Wissenschaft".

[2]) „Deutsches Verwaltungsrecht" und „Theorie des französischen Verwaltungsrechts".

indem er den einzelnen Verwaltungszweigen alles rechtlich Verwandte entnahm und zu Rechtsinstituten vereinigte[3]).

Diese sind ihm ein Hilfsmittel der Rechtswissenschaft zur Beherrschung der Fülle von Stoff, welche die Rechtsbeziehungen der von ihr beobachteten Rechtssubjekte darbieten.

Seinem inneren Wesen nach stellt sich ein Rechtsinstitut dar als die Gesamtheit der spezifischen Rechtssätze, durch welche es geordnet, gegenüber anderen Rechtsinstituten ausgezeichnet und abgegrenzt wird. Der Begriff des Rechtsinstituts ist derselbe für das öffentliche wie für das bürgerliche Recht. Ob es aber Rechtsinstitute gibt, die im öffentlichen und privaten Recht einheitlich vorkommen, das ist eine andere Frage[4]). Die Lehre von den Rechtsinstituten überhaupt gehört an sich nicht in das Gebiet des öffentlichen Rechts, ebensowenig aber auch in das des bürgerlichen Rechts. Nach der Befreiung des öffentlichen Rechts vom Pandektenrecht waren eine Reihe von Lehren bei diesem verblieben. Erst im Laufe der jüngeren Zeit haben sich eine Reihe zivilrechtlicher Rechtsinstitute zu solchen des öffentlichen Rechts umgeformt, und mit dieser Umformung hat sich ein eigenes Gebiet der Randlehren herangebildet[5]). Diesen Randlehren gehört die Lehre von den Rechtsinstituten an, während sie rechtssystematisch zur allgemeinen Rechtslehre, mindestens aber in das öffentliche Recht zu verweisen ist. Die einzelnen Rechtsinstitute wiederum sind demjenigen materiellen Rechte anzugliedern, zu dem ihr sachlicher Inhalt hinzielt, wodurch zugleich ihre Angehörigkeit zum öffentlichen oder privaten Recht festgestellt wird.

Die Frage nach dem Unterschied zwischen dem privaten und dem öffentlichen Rechtsinstitut fällt zusammen mit der nach den Grenzen zwischen privatem und öffentlichem Recht überhaupt[6]). Die im römischen Recht erfolgte Differenzierung von ius publicum und ius privatum verblaßt allmählich vor dem Grundsatz der Einartigkeit allen Rechts[7]), der seinen prägnanten Ausdruck in den landesherrlichen Hoheitsrechten findet und von dort aus die Rechtsentwicklung ganz Europas beherrscht[8]). Man unterschied hier nicht die privatrechtlichen und die öffentlich-rechtlichen Befugnisse einer Person.

---

[3]) In der Erkenntnis der Notwendigkeit dieses Gedankens weiß auch Otto Mayer, daß er seiner Lehre nicht mit einem Mal den Sieg erringen kann. Hierbei kommt der Wert, den er der Einzeluntersuchung beimißt, zu besonderem Ausdruck. „Zur Zeit wird noch die letzte Schlacht geschlagen", heißt es im 2. Band seines „Deutschen Verwaltungsrechts", „auf dem Boden der Frage des öffentlichen Eigentums; solange diese Stellung nicht auch noch genommen ist, ist die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft nicht fertig". Also wird der Stand des Kampfes um die dogmatische Neugestaltung des deutschen Verwaltungsrechts in Otto Mayers Sinn bestimmt „durch den Stand der Einzelkämpfe um die besonderen verwaltungsrechtlichen Institute, in die er sich auflöst".

[4]) Ueber Rechtsinstitute vgl. Herrnritt, Oesterreichisches Verwaltungsrecht, 1925, S. 16; Krückmann, Arch. ziv. Praxis, Bd. 108, S. 434; Friedrichs, Ueber öffentliche dingliche Rechte, Preuß. Verw.-Blatt, 1918, S. 297 ff.; Laue, Der Rechtscharakter des Gemeingebrauchs am Meeresstrande, Verw.-Arch., Bd. 34, S. 435.

[5]) Vgl. Giese-Neuwiem-Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht, 1930, S. 6.

[6]) Die Grenze zwischen beiden Rechtsgebieten kann theoretisch von so verschiedenen Gesichtspunkten aus gezogen werden, daß hier eine nähere Auseinandersetzung damit nicht in Frage kommen kann. Vgl. darüber Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht, Züricher Diss., 1904; Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preußisch-deutsche Verwaltungsrecht, § 3; Halbey, Begriff und Wesen des öffentlichen Rechts, Verw.-Arch., Bd. 4, S. 129; von Schenk, Die Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts, Oesterr. Ztschr. f. öff. R., 1. Jhrg., Heft 1 und 2; Friedrichs, Der allgemeine Teil des Rechts, Ann. d. Dtsch. R., Bd. 50, S. 385 ff., insbes. 389 ff.; W. Jellinek, Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Oeff. R. der Gegenwart, 1925, S. 103; Hatschek, Lehrbuch des preußischen und deutschen Verwaltungsrechts, 1927, S. 13; Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1928, S. 50.

[7]) Vgl. F. Kaufmann, Art. „Verwaltungsrecht" in Stengel-Fleischmanns Wörterbuch, Bd. III, S. 688.

[8]) Vgl. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. II (1873), S. 131 ff.; Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 29; Giese-Neuwiem-Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht 1930, S. 24; Jellinek, W, Verwaltungsrecht 1929, S. 77.

Vielmehr waren beide Ausflüsse einer Art Recht. In diesem Rechtssystem erschienen der Befehl, den die Obrigkeit vermöge eines ihr zustehenden Hoheitsrechtes dem Untertan erteilte, und die Forderung, die der Untertan auf Grund eines „wohlerworbenen Rechtes" (jus quaesitum) gegenüber der öffentlichen Gewalt erhob, als juristisch gleichwertige Ansprüche. Der Fürst durfte seine Hoheitsrechte (iura regalia) nur für das allgemeine Wohl ausüben. Aus diesen Tatsachen ergab sich darum auch der gleiche Rechtsschutz für Obrigkeit und Volk.

Der Polizeistaat unterscheidet mit der Trennung von Justiz- und Polizeisachen privates und öffentliches Recht[9]) und legt damit die ersten Ansätze zur Ausbildung eines der Verwaltung eigentümlichen Rechts, das indessen noch nicht völlig ausreift[10]), zumal mit dem Aufkommen der Fiskustheorie in Deutschland sämtliche Rechtsstreitigkeiten naturgemäß noch auf den ordentlichen Rechtsweg gehören[11]).

Mit dem nach der französischen Revolution beginnenden Rechtsstaat wird der verwaltende Staat unter das Gesetz und ein Verwaltungsrecht direkt gestellt. In Frankreich entwickelt sich früh der Rechtsgrundsatz, daß der verwaltende Staat nach öffentlichem Recht lebt[12]) und der Beurteilung nach privatem Recht entzogen sei. Aber trotz der zu Beginn des neunzehnten Jahrhunderts einsetzenden Anschauung, das Verwaltungsrecht sei ein besonderes öffentliches Recht, werden noch keine besonderen Verwaltungsgerichte geschaffen. Also lebt der verwaltende Staat noch nach öffentlichem u n d privatem Recht, wann nach diesem oder jenem, ist im Einzelfalle festzustellen.

Bei den durch die Fiskustheorie gezeitigten Ergebnissen hat die Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts nicht Halt gemacht. Allmählich setzte sich eine Befreiung öffentlich-rechtlicher Verhältnisse aus den privatrechtlichen Formen durch[13]). „Die historische Priorität in diesem Prozesse kommt der Theorie von den ‚gemischten Rechtsverhältnissen' zu." Sie lehrt, in bestimmten Rechtsinstituten, die man früher als reine Gebilde des Zivilrechts betrachtet hatte, seien zivilistische und publizistische Bestandteile zu einer Einheit verschmolzen. Daraus folge, daß dasselbe Rechtsinstitut zum Teil dem Zivilrecht, zum Teil dem öffentlichen Recht unterstehe. So wurde in Bezug auf die Rechtsnatur des Verhältnisses des Staates zu den öffentlichen Sachen der Baseler Schanzenstreit einer der ersten Anlässe zu einer Auseinandersetzung mit dieser Frage in Theorie und Rechtsprechung[14]). Man erkannte, daß das gewöhnliche

---

9) Vgl. die Einleitung zum Allgemeinen Landrecht von 1794.

10) Die Verwaltungsgesetze des Polizeistaates sind noch keine den Untertanen bindende Rechtssätze, sondern nur einseitig verbindliche Amtsinstruktionen.

11) Vgl. Bühler, Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auf dem Gebiete der Verwaltung, Diss., 1912; Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht, 1928, S. 33 ff.; Giese-Neuwiem-Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht, 1930, S. 26; Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 82.

12) Vgl. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1928, S. 36; derselbe, „Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht", S. 5.

13) Vgl. Fleiner, Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906.

14) Bei der Trennung von Basel-Stadt und Basel-Land im Jahre 1833 wurde Basel-Stadt für verpflichtet erklärt, an Basel-Land 64 Prozent des Staatsgutes abzugeben. Die Ausscheidung wurde sofort vollzogen. Als jedoch im Jahre 1859 Basel-Stadt seine Festungswerke schleifte und das freigewordene Areal zum Teil in öffentliche Anlagen verwandelte, zum Teil aber als Bauplätze verkaufte, erhob Basel-Land Anspruch auf den Erlös. Hier entstand die Frage, ob an den Festungswerken privatrechtliches Eigentum bestanden habe, das in die Teilungsmasse gehöre. Durch Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 29. Oktober 1862 wurde festgestellt, daß auch an den Festungswerken privatrechtliches Eigentum bestanden habe, und der Verkaufserlös in die Teilungsmasse fallen müsse. Vgl. „Der Rechtsstreit über die Baseler Festungswerke", herausgegeben auf Anordnung der H.-Regierung des Kantons Basel-Stadt, 1862; Amberg, Der Baseler Schanzenstreit (Schweizer Zentralblatt f. Staats- und Gem.-Verw., 1918, Nr. 1, 3, 4.) und His, in Fleiners Festgabe, 1927.

Privateigentum auf dieses Rechtsverhältnis nicht ohne Einschränkung anwendbar war. Versuche, das Rechtsverhältnis auf öffentlich-rechtliche Grundlage zu stellen, waren die Folge. Meist aber wurde dabei dasjenige, was an die Stelle des Privateigentums gesetzt wurde, unbestimmt gelassen. Man begnügte sich mit Bezeichnungen, die den öffentlich-rechtlichen Kern des Rechtsverhältnisses zum Ausdruck brachten, ohne auf seinen wesentlichen Inhalt oder die Abgrenzung des Rechtsinstituts gegenüber anderen Gebilden der Rechtsordnung näher einzugehen. Was ist denn überhaupt das Kriterium der Zugehörigkeit eines Rechtsinstitutes oder eines Rechtsverhältnisses zum öffentlichen oder privaten Recht? Maßgebend für die Zuweisung in das eine oder andere Gebiet ist allein dessen Inhalt. Entscheidend ist, ob das Verhältnis der Ueber- und Unterordnung zwischen Staat oder den vom Staat als öffentlich anerkannten Verbänden und dem einzelnen überwiegt, oder ob die Nebenordnung einzelner Individuen in dem Rechtsverhältnis zum Ausdruck kommt. Ueber das rein empirische Prinzip dieser Abgrenzung ist man sich heute im allgemeinen einig[15]). Dennoch wird unter dem Einfluß der Theorie von den gemischten Rechtsverhältnissen die Grenze nicht scharf gezogen. „Das gilt vor allem von den Sätzen über die öffentlichen Sachen", zu denen das durch die Bibliotheken Gesammelte zählt[16]). Die Geschichte der Bibliotheken erweist, daß wohl die meisten unserer heutigen öffentlichen Bibliotheken aus privaten Sammlungen entstanden sind, und gibt ein wichtiges Beispiel für die „Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht."

---

[15]) Vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 45 ff.; ders. i. öff. R. der Gegenwart, 1925, S. 103; Hatschek, Lehrbuch des preuß. u. dtsch. Verwaltungsrechts, 1927, S. 13; Fleiner, Institutionen des dtsch. Verwaltungsrechts, 1928, S. 50; Friedrichs, Der allgemeine Teil d. Rechts, i. Ann. d. Dtsch. R., 1917, S. 392.

[16]) Diese Verwischung der Grenzen ist im Bibliotheksrecht noch heute durchaus üblich. Vgl. z. B. Zentral-Bl. f. Bibl., Jhrg. 44, S. 174, 189; auf rein privatrechtlichem Standpunkt steht Franke, „Der Leihbetrieb d. öff. Bibliotheken u. d. geltende Recht", 1905.

1. Teil:

Die öffentlichen Bibliotheken

§ 2.

I. Das Merkmal der Öffentlichkeit in der Geschichte der Bibliotheken.[17]

Die Verwirklichung des Prinzips der Oeffentlichkeit findet sich das erste Mal in der Geschichte der römisch-griechischen Bibliotheken, die, nachdem sie anfangs nur dem Forschungszwecke der Gelehrten dienten, allmählich weiteren Kreisen zugänglich gemacht wurden. Sie bekamen öffentlichen Charakter und dienten ad communem delectationem. Zu Beginn des 4. Jahrhunderts zählte Rom 28 öffentliche Bibliotheken. Die übrigen Städte Italiens und die Provinzen bemühten sich bald, dem Beispiele Roms zu folgen. Manche der Bibliotheken gaben sogar Bücher aus.

Im 8. Jahrhundert begegnet zuerst das Amt des „bibliothecarius".

Bedeutsam wird zur Zeit des Mittelalters der rege Tauschverkehr zwischen den einzelnen kirchlichen und klösterlichen Bibliotheken. Es gab Präsenz- und Ausleihbibliotheken in den Klosterbüchereien. Manche Ordensstatuten enthielten genaue Anweisungen über das Ausleiheverfahren.

Mit dem späteren Mittelalter, seinem Aufstieg des Bürgertums und seinem Verlangen nach geistiger Nahrung trat eine Wandlung auf dem Gebiete des Büchereiwesens ein. Deutschland überflügelte dabei in der Entwicklung des bürgerlichen Bibliothekswesens die anderen Länder. Neben Ratsbibliotheken entstanden Stiftungen mit öffentlichem Charakter. Die Einrichtung von Fakultätsbüchereien geschah zuerst im Jahre 1386 an der Heidelberger Hochschule und bald darauf ebendort die Einrichtung eines gemeinsamen Instituts, einer Universitätsbibliothek für alle Fakultäten.

Die Oeffentlichkeit gilt als unterscheidendes Merkmal der Renaissancebibliotheken gegenüber der mittelalterlichen Bücherei.

Zum ersten Mal wurde das Pflichtexemplar eingeführt durch Franz I. von 1537-38.

Zur Zeit der Reformation erhielten Leipzig, Königsberg, Jena und Marburg eine Universitätsbibliothek. Alle diese Bibliotheken galten als öffentliche; der Zutritt war jedoch auf eine Zahl Bevorrechtigter beschränkt. Auch wurde

---

17) Vgl. Milkau, Die Bibliotheken (in „Die Kultur der Gegenwart", 1906); Hessel, Geschichte der Bibliotheken, 1925; Gardthausen, Handbuch der wissenschaftlichen Bibliothekskunde, 1920, sowie die dort angeführte Literatur.

das Bedürfnis nach benutzbaren öffentlichen Anstalten noch wesentlich beeinträchtigt durch den Reichtum an privaten Sammlungen.

Auch zur Zeit der Aufklärung waren die Bibliotheken dem Publikum nur schwer zugänglich. Erst wesentlich später wurde die Gebrauchsordnung freier gestaltet und der Typus der wissenschaftlichen Gebrauchsbibliotheken geschaffen.

In Deutschland führte die Vertiefung der Begriffe „Staat" und „Nation" und der Wandel in der gesellschaftlichen Ordnung dazu, die Bibliotheken allgemein als öffentliche Anstalten anzusehen.

§ 3.

II. Begriffsbestimmung der öffentlichen Bibliothek.[18])

Die zentralistische Neuordnung des Staates mußte auch eine energische Eingliederung der Bibliotheken in den Organismus der gesamten Staatsverwaltung bringen und auf deren inneren Betrieb übergreifen. Zum Unterschied von den Privatbibliotheken sind sie öffentliche Institute, die von der öffentlichen Hand eingerichtet werden, demgemäß unter den allgemeinen Begriff der öffentlichen Anstalten fallen und der öffentlichen Rechtsordnung unterstehen[19]). Man hat daher heute Landes-, Provinzial- (Universitäts-) und Stadt- bzw. Magistratsbibliotheken zu unterscheiden. Ihre Träger sind dementsprechend Länder und andere Selbstverwaltungskörper. Diese Bibliotheken sind nicht mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet. Sie wären nur dann Eigentümerinnen nach Zivilrecht, wenn sie jene Voraussetzung erfüllen würden. Hier aber sind sie durch bestimmte Vorschriften gebundene Verwalterinnen des Bücherschatzes, der den genannten Subjekten des öffentlichen Rechts gehört. Ihre Rechtsverhältnisse sind in die allgemeinen der öffentlichen Anstalten einzuordnen.

Da es ein Bibliotheksrecht nicht gibt, das der Pflege und dem Schutze der mit der Sammeltätigkeit der öffentlichen Bibliotheken zusammenhängenden Rechtsverhältnisse dienen könnte — das Reich behält sich in Art. 10 der Reichsverfassung nur eine Grundsatzgesetzgebung vor —, war eine rechtliche Begriffsbestimmung der öffentlichen Bibliotheken noch nicht möglich geworden. Nicht zuletzt ist das eine Folge der Tatsache, daß bis zum jüngsten Stand der juristischen Wissenschaft die rechtliche Struktur der öffentlichen Anstalten überhaupt bestritten ist.

Bei bestimmten Anstalten wird aber ihr öffentlich-rechtlicher Charakter ohne weiteres deutlich. So werden die Träger der öffentlichen Gewalt die Bibliotheken nicht anders einrichten wollen als gerade öffentlich-rechtlich. Das Kriterium der Erwerbsabsicht bei Unterhaltung von Anstalten durch einen Träger öffentlicher Gewalt entfällt ja bei ihnen. Vielleicht sind sie gerade deshalb in Preußen noch nicht Gegenstand der Gesetzgebung geworden, weil für Vorteilsgewährungen einer Anstalt gegenüber den einzelnen der Grundsatz

---

18) Zum Unterschied von dem Begriff der Bibliothek als der geordneten Sammlung von Druckerzeugnissen ist hier die Bibliothek in Bezug auf ihre gesamten Verwaltungseinrichtungen und Rechtsbeziehungen zu verstehen.

19) Vgl. Gehring, Beschlagnahme und Unbrauchbarmachung von Druckschriften und die öffentlichen Bibliotheken, i. Ann. d. Dtsch. R., Jhrg. 1923—25, Bd. 56—58, S. 125 ff.: „Was die ‚Oeffentlichkeit' betrifft, so ist diese ohne jeden Zweifel bei allen unseren größeren, sich ja selbst ‚öffentliche' nennenden Bibliotheken gegeben, auch bei Universitätsbibliotheken, und zwar hier nicht nur, wo sie auch andere Benützer als nur Universitätsangehörige zulassen (was regelmäßig der Fall ist), sondern auch, wo sie vielleicht nur von Universitätsangehörigen benützt werden können."

der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung keine Anwendung findet[20]). Darum ist die Errichtung eines solchen Institutes frei von dem Erfordernis eines Gesetzes — obgleich der Staat oder sonstige Träger öffentlicher Gewalt für den Bau von Bibliotheken und die Beschaffung ihres sachlichen Bestandes an die Bewilligung der erforderlichen Mittel durch Gesetz gebunden sein mögen —. Werden die Mittel von dritter Seite zur Verfügung gestellt, dann bedarf es erst recht keiner gesetzlichen Grundlage.

Otto Mayer, dessen Anstaltsbegriff[21]) heute noch als der herrschende bezeichnet werden kann, verlangt, daß sich die öffentliche Anstalt als eine Vereinigung von sächlichen und persönlichen Mitteln in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung befindet und einem Zwecke derselben gewidmet ist, ohne daß die Definition besagt, wie diese Beziehung geartet sein soll. Der Umstand, daß nach deutschem Recht den öffentlichen Anstalten, insbesondere den Bibliotheken für ihre Zwecke öffentliches und Privatrecht nebeneinander bis heute zur Verfügung standen, ist vielleicht auf diese weite Fassung des Anstaltsbegriffes zurückzuführen. Ob daher dieser Anstaltsbegriff den heutigen an das Anstaltsrecht zu stellenden Anforderungen entspricht, scheint zweifelhaft. So leidet diese Definition darunter, daß sie nebeneinander öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Organisationstypen anerkennt, so daß es schwer fällt, ein Unternehmen der öffentlichen Hand von dem Anstaltsbegriff auszuschließen, weshalb beispielsweise auch Fleiner[22]) von der öffentlichen Anstalt in Privatrechtsform spricht. Es ist darum erforderlich, privatrechtliche Gebilde auszuschalten und nur auf öffentlich-rechtliche Verwaltungseinheiten abzustellen.

Aber auch trotz dieser Beschränkung scheint der Begriff noch zu weit, weil er identisch ist mit der öffentlich-rechtlichen Verwaltungseinheit überhaupt[23]). Darum unterscheidet Kormann zwischen Anstalten und nutzbaren Anstalten, um nur die letzteren als Anstalten im eigentlichen Sinne anzuerkennen[24]).

Bedenkt man aber, daß jede Staatstätigkeit von Nutzen für den Bürger ist, daß individueller und kollektiver Nutzen sich nicht immer deutlich scheiden lassen, kann man im Zweifel sein, ob sich der Anstaltsbegriff auf die von Kormann geforderte Grundlage ohne weiteres stellen läßt.

Vielleicht könnte man mit Merkl[25]) — aber auch in einem gewissen Gegensatz zu ihm — in die Kriterien der öffentlichen Anstalt die dieser Anstalt speziell übertragenen Aufgaben einreihen. Worin aber äußern sich gerade diese staatlichen Funktionen? Wie bei jedem Privaten stehen auch dem Staat zwei Aeußerungsmöglichkeiten, Willenserklärung und Realakt, nebeneinander zur Verfügung. Wird aber der Anstaltsbegriff auf diejenigen Anstalten beschränkt, in denen der Realakt vorherrschend ist, dann wird ja dieser Begriff folgerichtig auf diejenigen Anstalten angewendet, an die mit dem Ausdruck „nutzbare Anstalt" gedacht war. Jedoch wird angesichts der heutigen staatskapitalistischen Tendenzen eine Abgrenzung der öffentlichen Anstalt gegenüber dem Gewerbebetrieb der öffentlichen Hand auf dieser Basis nur unvollkommen erreicht.

---

20) Anders dagegen in Bayern (vgl. § 18, Abs. 1, 2 und 5 der Bayerischen Verfassung), wo bis zur Ablösung der Staatsleistungen gemäß Art. 138 der Reichsverfassung Gebäude und Grundstücke des Staates, die derzeit irgendwelchen Kultuszwecken dienen, diesen gegen den Willen der Beteiligten nicht entzogen werden dürfen.

21) „Die öffentliche Anstalt ist ein Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind." Vgl. Deutsches Verwaltungsrecht, 1924, Bd. 2, § 51.

22) Institutionen des Dtsch. Verwaltungsrechts, 1928, S. 125.

23) Vgl. Kaufmann bei Stengel-Fleischmann, Bd. III, S. 708 ff.

24) Vgl. Kormann, daselbst.

25) Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 306 ff.

Nach der herrschenden Definition wird die öffentliche Anstalt gegenüber einem ertragswirtschaftlichen Unternehmen gekennzeichnet durch den öffentlichen Zweck. Dieses Merkmal ist jedoch ein psychologisches und daher für juristische Begriffsbildung nicht zu verwenden. Auch dann, wenn man nicht die Kelsensche Auffassung[26]) teilt, wird man gegenüber einem Anstaltsbegriff, der sein Hauptkriterium in einem Zweckmoment findet, Bedenken haben müssen. Das geltende Recht, insbesondere das Steuerrecht[27]), hat der Tätigkeit des Staates nur selten und dann bedingungsweise das Merkmal der Gemeinnützigkeit zuerkannt. Soweit der Staat für öffentliche Zwecke in Anspruch genommen wird, heißt das nur, ihm eine dementsprechende Haltung zur Pflicht machen[28]). Da aber im Fall der öffentlichen Anstalten eine genügende Spannung zwischen Eigen- und Allgemeininteresse fehlt[29]), bedeutet das, auf das Anstaltsrecht übertragen, die Erschwerung aller Versuche, einen brauchbaren Begriff der Anstalt zu finden. Darum muß notwendig nach objektiven Grundlagen gesucht werden.

So hat z. B. die verwaltungsrechtliche Theorie auf das Moment des Gewinnstrebens, den Rechtscharakter der Nutzungsordnung, die Existenz eines Nutzungszwanges abgestellt. Aus einer öffentlich-rechtlichen Normierung der Nutzungsordnung ohne weiteres auf den Anstaltscharakter des betreffenden Institutes schließen zu wollen, hieße in die Definition das zu Definierende mitaufnehmen. Außerdem liegt die Schwäche dieser Deduktion darin, daß sie zwischen der öffentlichen Zweckbestimmung und dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Anstalt eine logische Verbindung annimmt, die ihre Entscheidung auf ein Werturteil, und zwar über das öffentliche Recht als solches, stellt.

Gerade die Eigenart der Rechtsverhältnisse ist es, die m. E. für eine Begriffsbildung notwendig heranzuziehen ist[30]). Die materiellen Grundlagen einer öffentlichen Anstalt: der sachliche Bestand, der persönliche Bestand, der Träger der Anstalt, tragen an sich noch keine öffentlich-rechtlichen Merk-

---

26) Vgl. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl., S. 84 ff.

27) So etwa § 2 der Pr. Gewerbesteuerverordnung v. 15. März 1927; vgl. Pr. OVG., Bd. 13. S 224; § 6 der Verordnung zur Durchführung des Körperschaftssteuergesetzes vom 17. Mai 1926 (RGBl. I, S. 246): „Gemeinnützig sind solche Zwecke, deren Erfüllung unmittelbar die Allgemeinheit fördert. Eine Gemeinnützigkeit liegt nicht vor, wenn eine Tätigkeit nur den Interessen bestimmter Personen oder eines engeren Kreises von Personen dient oder in erster Linie erwerbs- oder sonstige eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt." Diese Umschreibung ist nach Bühler, Lehrbuch des Steuerrechts, 1927, Bd. I, S. 199, der „Normalbegriff der Gemeinnützigkeit".

28) In diesem Sinne sprechen neuere Gesetze im Unterschied zur „werbenden" von einer „gemeinnützigen" Staatstätigkeit, so § 94 des Entwurfs für eine preußische Städteordnung und § 95 der Thüringischen Gemeinde- und Kreisordnung. Vgl. außerdem G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl., S. 623. Anders Kelsen, Hauptprobleme, S. 493, der, ausgehend von seiner Einstellung zum Zweckproblem, für die Zwecke der juristischen Normierung mit Rücksicht auf die unbestreitbare Tatsache, daß Verwalten eine Zwecktätigkeit ist, zu der Annahme gelangen muß, daß der Begriff der Verwaltung überhaupt kein Rechtsbegriff, sondern wirtschaftlicher Begriff ist. Vgl. Köttgen, Die Erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, 1928, S. 13, sowie Adolf Wagners Bemerkung (Lehr- und Handbuch der politischen Oekonomie, 1. Teil: Grundlegung der Volkswirtschaft, 1893, S. 774): „Der Unterschied dieser Prinzipien (privatwirtschaftlich, gemeinwirtschaftlich und karitativ) ist ein psychologischer, welcher auf die Verschiedenheit der das wirtschaftliche Handeln bestimmenden Motive zurückgeht."

29) Dem Staat liegt altruistische Haltung fern, zumal staatliche Eigeninteressen mit denen des Staatsvolkes nur zufällig identisch sind. Es müßte denn die „Allgemeinheit" anders bestimmt werden als das persönliche Staatselement. Aus ihrer Relativität heraus aber kann diese Allgemeinheit beliebig eng oder weit gefaßt werden. Vgl. Stammler, i. Gruch. Beitr., Bd. 70. S. 129 ff.: „Beim Recht des öffentlichen Gebrauchs kann man nicht im voraus wissen, ob und wer gerade in die Lage kommt, den öffentlichen Gebrauch zu verwirklichen. Darum ist die Rechtslage zu benennen als ein Recht mit beliebigem Inhaber."

30) Vgl. RGE i. Ziv., Bd. 99, S. 96 ff.: Triepel, Der Konviktorienbeitrag der Landschaft Norder-Dithmarschen", i. Festgabe für Brunner, 1924.

male. Erst die Rechtsverhältnisse, in die sie eintreten, sind es, die die öffentliche Anstalt von einer privaten unterscheiden.

Der sachliche Bestand genießt einen erhöhten Schutz. Bei beweglichen Anstaltssachen, wie Büchern, besteht eine gesteigerte Sicherung gegen Wegnahme, etwa durch Anwendung der Strafrechtsbestimmungen über den Bruch amtlichen Gewahrsams (STGB. § 133). Bei nach Hause mitgenommenen Büchern kann die Bibliothek kraft unmittelbaren Verwaltungszwanges nach Ablauf der „Leihfrist", bei unerlaubt mitgenommenen Büchern sofort diese aus der Wohnung wegnehmen lassen. Für den Benutzer gilt das Recht auf Zulassung. Das Rechtsverhältnis wird nicht durch Vertrag begründet. Durch Eintritt in die Anstalt unterwirft sich der Benutzer einer gegenüber dem Privatrecht gesteigerten Anstaltsgewalt. So kann der körperliche Widerstand gegenüber Anstaltsorganen bei Ausübung des Hausrechts Widerstand gegen die Staatsgewalt sein. Die Anstaltsordnung kann insbesondere bei der Androhung von Anstaltsstrafen über das Privatrechtliche hinausgehen, die öffentliche Anstalt kann Verwaltungszwang ausüben oder wenigstens eine Verwaltungsbehörde um Vollstreckung ohne vorangegangenes Urteil ersuchen. Der persönliche Bestand der Anstalt ergibt sich aus ihren obrigkeitlichen Befugnissen. Diese gesteigerten Befugnisse erfordern eine schärfere Amtshaftung, die nur Art. 131 der Reichsverfassung gewährt.

Sind die angegebenen Rechtsverhältnisse ausgesprochen öffentlich-rechtliche, dann ist die gegebene Art des Rechtsschutzes die durch Verwaltungsbehörden und namentlich durch Verwaltungsgerichte. Das bedeutet folglich Ausschaltung der ordentlichen Gerichtsbarkeit, darüber hinaus die des Bürgerlichen Gesetzbuches. Wenn anschließend an diese Betrachtungsweise für die Bibliotheken mit Rücksicht auf ihre Eigenschaft als Sammelstätten eine Definition gegeben werden kann, dann ist es m. E. folgende:

Oeffentliche Bibliotheken sind Sammelinstitute in der Hand eines Trägers öffentlicher Gewalt, deren Aufgaben überwiegend durch den Realakt gekennzeichnet sind und die, soweit sie überhaupt bei Erfüllung ihrer Aufgaben in unmittelbare rechtliche Beziehungen zum privaten Publikum treten, sich dabei der öffentlich-rechtlichen Norm bedienen.

Wenn mit Hilfe dieses Anstaltsbegriffs Werturteile ausgeschaltet werden sollen, dann verlangt dies eine weitere Kennzeichnung des Rechtscharakters der Nutzungsordnung durch formale Kriterien. Denn es wird oft zweifelhaft erscheinen, ob die die Anstaltsnutzung betreffenden Normen dem Rechtskreis des öffentlichen oder des privaten Rechts zugerechnet werden sollen. Hier wird die Entscheidung davon abhängen, welche Wertung dem betreffenden Tatbestand seitens der rechtssetzenden Gemeinschaft zuteil wird. So etwa hat auch das Reichsgericht[31]) entschieden, wenn es sagt: „Die Unterscheidung (zwischen öffentlicher Anstalt und öffentlichem Gewerbeunternehmen) ist also nicht in der Verschiedenheit der Ziele, nämlich der Gewinnerzielung einerseits und der Befriedigung der öffentlichen Interessen andererseits zu erblicken; es kommt vielmehr darauf an, ob das Rechtsverhältnis zwischen der Gemeinde und dem Leistungsempfänger privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich gestaltet ist[32]).

Eine Verengerung des Rechtsbegriffes der öffentlichen Bibliotheken gibt die Möglichkeit, ihn für das positive Recht fruchtbar zu machen, um dadurch rechtstechnisch wesentliche Erleichterungen zu schaffen und in verschiedenen Richtungen unmittelbare juristische Konsequenzen daraus zu ziehen.

---

31) In dem auf Seite 15 der Dissertation zitierten Urteil.
32) Vgl. auch Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 46 ff.

2. Teil:

Das öffentliche Bucheigentum

A. Das Problem des öffentlichen Eigentums im allgemeinen.

I. Die Frage nach einem öffentlichen Sachenrecht und einem öffentlichen Eigentum.

In die Einteilung des Staatsvermögens in das privatwirtschaftlich verwaltete Finanzvermögen und das für den inneren Dienstbetrieb bestimmte Verwaltungsvermögen ordnet sich das Gebiet der öffentlichen Sachen (Sachen im Gemeingebrauch) ein, die durch ihre Zweckbestimmtheit und Zugehörigkeit an einen Träger öffentlicher Verwaltung eine besondere rechtliche Eigenart besitzen[33]). Das Verwaltungsvermögen und Sachen im Gemeingebrauch sind darum öffentliche Sachen, weil sie öffentlich-rechtlicher Einwirkung unterworfen sind, und an ihnen Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und Untertanen öffentlich-rechtlicher Art bestehen[34]). Der Staat als Subjekt öffentlicher Verwaltung handelt nach öffentlichem Recht. In der Herbeischaffung von Mitteln zur Ausübung der Verwaltung bewegt er sich in bürgerlich-rechtlichen Formen, und seine Herrschaft über diese Mittel trägt privaten Charakter, während bei den öffentlichen Sachen diese Herrschaft zur öffentlichen Verwaltung gehört. Daraus ergibt sich die Frage nach einem öffentlichen Sachenrecht[35]) und, wenn der über eine öffentliche Sache Verfügungsberechtigte und der Eigentümer eine und dieselbe Person sind, die nach dem Vorhandensein eines öffentlichen Eigentums[36]).

---

33) Verwaltungsvermögen und Sachen im Gemeingebrauch sind öffentliche Sachen im engeren Sinne; vgl. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 1928, S. 351 ff.; anders die Unterscheidung Jellineks, Verwaltungsrecht, 1929, S. 487: Finanzvermögen, Allmenden, Verwaltungsvermögen und öffentliche Sachen; so auch der Entwurf der Württembergischen Verwaltungsrechtsordnung von 1931, S. 535, der nur Sachen im Gemeingebrauch als öffentliche Sachen gelten läßt.

34) Vgl. Giese-Neuwiem-Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht, 1930, S. 86; Fleiner, Institutionen des Dtsch. Verwaltungsrecht, 1928, S. 352.

35) Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1924, Bd. II, S. 40.

36) Otto Mayer hat sich mit großer Energie für die Daseinsmöglichkeit eines solchen Rechtsinstitutes eingesetzt. Die Tatsache, daß sich weder die Wissenschaft noch die Rechtsprechung von ihm haben stark beeinflussen lassen, spricht nicht gegen die Richtigkeit der Lehre, „denn für eine umfassende Kritik sind vorläufig nur Bausteine vorhanden"; besonders wertvoll Friedrichs, i. Arch. f. öffentliches Recht, Bd. 40, S. 257 ff.: „Das öffentliche

§ 4. 1. Die öffentlichen Sachen im engeren Sinn.

Schon die Quellen des römischen Rechts legten dem römischen Volke als Staatspersönlichkeit das Eigentum an den res publicae bei[37]). Neben dem System der Privatrechtsinstitute findet sich ein „korrespondierendes" von Verwaltungsrechtsinstituten.

In der Kaiserzeit gibt es privatrechtlich geordnete res fiscales[38]) und unter kaiserlicher Verwaltung stehende öffentliche Sachen. Letztere sind öffentliches Eigentum[39]).

In Frankreich ist das Staatsgut wie im römischen Recht zweierlei Art: privatrechtliches Staatsgut, domaine privé de l'Etat, öffentliches Gut, domaine public[40]).

Im deutschen Recht „hat man hinsichtlich der Frage nach dem öffentlichen Eigentum auf die bäuerlichen Ansiedlungen vorstaatlicher Zeit mit ihrer genossenschaftlichen Natur zurückzugehen. Die Allmend gehört keinem, wird aber von allen genutzt"[41]).

Zur Zeit des Städtewesens sind es Märkte, Brunnen, Mauern, Tore, Türme, die zum Allgemeingut zählen. Im Reich und in den Territorien ist bei größeren Straßen der Gemeingebrauch das kennzeichnende Merkmal der öffentlichen Sache.

Die Aufsicht der Staatsobrigkeit daran gestaltet sich zu einem landesherrlichen Hoheitsrecht: einer Wegehoheit, Wasserhoheit, mit dem Recht auf Wegebau, Flußregulierung, Einziehung und der Polizeioberhoheit.

Im Polizeistaat tritt an die Stelle der Genossenschaft der Fiskus. Es wird ein gemischtes Rechtsinstitut herangebildet[42]).

Im Gebiet des Allgemeinen Landrechts wird bezüglich der Meeresufernutzungen das gemeine Eigentum des Staates anerkannt und daher die Polizei nur zur Regelung des Gemeingebrauchs befugt, während Sondernutzungen vom

---

Eigentum ist ein Begriff, daher möglich, und das kann nicht bestritten werden. Es ist nur fraglich, ob öffentliches Eigentum besteht." Vgl. außerdem Bühler, „Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht", i. Verw.-Arch., Bd. 27, S. 299: „So kommen wir denn zu dem Ergebnisse, daß die ganze Frage nach dem öffentlichen Eigentum bei dem jetzigen Stande der Gesetzgebung und Wissenschaft allerdings weder in einem noch im anderen Sinne zweifelsfrei entschieden werden kann." Jedoch „wird man sagen müssen: Otto Mayers Auffassung wird dem jetzt schon geltenden Rechtszustand im ganzen doch mehr gerecht als die entgegengesetzte".

37) Vgl. Dig. L. 6 pr. de c. e., 18, 1: ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur; 1. 72, § 1 eod.: si res non in usu publico sed in patrimonio fisci erit; 1. 2., §§ 4, 5, ne quid in loco publ. 43, 8: hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio non puto pertinere . . . ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet. quae publico usui destinata sunt; 1. 17, de V. S. 50, 16: Inter publica habemus non sacra nec religiosa nec quae publicis usibus destinata sunt: sed si qua sunt civitatum velut bona, sed peculia servorum civitatium procut dubio publica habentur. L. 14 de a. r. d., 41, 1.

L. 15 de V. S. 50, 16: Bona civitatis abusive publica dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt. L. 17, eod. Im Schrifttum vergleiche Mitteis, Römisches Privatrecht, I, S. 349; Eisele, Rechtsverhältnisse der res publicae, S. 21; Dernburg, Gutachten zum Baseler Schanzenstreit 1862; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II, S. 1 ff.: „Auch wo der populus als Subjekt vom Eigentum erscheint, ist es zwar nicht der populus als Inhaber eines imperium über die Bürger, aber immer die von den Privatpersonen begrifflich verschiedene publica persona, welche in Frage kommt."

38) Vgl. 1, 2, § 4, D., 43, 8.

39) Vgl. Kollath, Die Geltung der römisch-rechtlichen Grundsätze über die res extra commercium, Bresl. Diss., 1894, § 2 ff.; Pernice, Die sogenannten res communes omnium, Berl. Festg. f. Dernburg, 1900, S. 127.

40) Vgl. Rolland, Précis de droit administratif, 1926, S. 287: „L'Etat a un domaine public et un domaine privé."

41) Vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht, II, S. 229 und 234; Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 487; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1924, Bd. II, S. 42.

42) Vgl. RGE. i. Z., Bd. 1, S. 366: „Meeresufer ist Eigentum des Fiskus, aber beschränkt durch Gemeingebrauch; wenn jener ihn hindert, hat man sich an den Staat um Abhilfe zu wenden."

Staat durch Privatverträge oder durch Privatrechte begründende „regale Verleihungen" oder durch Ersitzung erworben werden können[43]). Anders ist es in Schleswig-Holstein, wo die landesrechtliche Auffassung der Regalität nicht gilt, und der Staat daneben noch eine „landeshoheitliche Verfügungsgewalt" besitzt[44]).

Was das preußische Wegerecht angeht, so ist im Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts zwischen den alten Land- und Heerstraßen einerseits und allen übrigen Wegen zu unterscheiden. Erstere werden als gemeines Eigentum des Staates bezeichnet und dadurch den Strömen, Ufern des Meeres und Häfen gleichgestellt; andererseits soll das gemeine Staatseigentum den Domänen völlig gleich zu achten sein, an deren privatrechtlicher Eigentumsfähigkeit Zweifel nicht bestehen. Daher ist die rechtliche Natur der Landstraßen streitig. Man betrachtet sie teils als Eigentum des Staates im Sinne des Privatrechts[45]), teils als herrenlos unter bloßer staatlicher Hoheit[46]), teils als öffentliches Eigentum im Sinne der Otto Mayerschen Lehre.

Welche Sachen heute im öffentlichen Eigentum stehen, ist in der Literatur noch nicht eindeutig bestimmt. Otto Mayer hält es für möglich, einen Katalog der öffentlichen Sachen aufzustellen. Es handele sich um öffentliche Wege, Verkehrsplätze, Brücken, Eisenbahn, Schiffahrtskanäle, schiff- und flößbare Flüsse, See- und Binnenhäfen. Zu dieser Gruppe kämen dann noch andere öffentliche Sachen verschiedener Verwaltungszweige hinzu: Meeresstrand, Festungswerke, Schutzdeiche und -dämme, Abzugskanäle, Kirchengebäude und Friedhöfe. Biermann[47]) hält sich im allgemeinen an diesen Katalog Otto Mayers, zählt aber noch dazu: die Schätze eines öffentlichen Museums und die Bücher einer dem Publikum ohne weiteres zugänglichen Bibliothek[48]). Der Entwurf der Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg beschränkt sich lediglich auf Sachen des Gemeingebrauchs, also Wege und Gewässer[49]). Hatschek[50]) zählt zu den öffentlichen Sachen alle die, die entweder dem Gemeingebrauch oder als Verwaltungsvermögen zu dienen bestimmt sind. Es sind dies öffentliche Wege, öffentliche Flüsse, Kanäle, Ufer des Meeres usw. Zum Verwaltungsvermögen zählen dann Museen, Nationalgalerien, Amtsgebäude, Festungswerke und dergl. Fleiner[51]) nennt Flüsse, Gletscher, öffentliche Straßen, Brücken, öffentliche Brunnen, Stühle und Bänke, öffentliche Uhren und weiter als zum Verwaltungsvermögen gehörig Schulhäuser, Krankenhäuser, Liegenschaften und Maschinen städtischer Gas- und Elektrizitätswerke, Museen, Kasernen, Festungswerke, Kirchengebäude, Begräbnisplätze, Gewehre und Kanonen, Kultusgegenstände der Landeskirchen[52]).

---

43) Vgl. Kgl. Verfg. v. 15. Mai 1913, bei Illing-Kautz, Handb. f. preuß. Verw.-Beamte, Bd. 3, S. 1906–1907, Note 1; Pr. Verw.-Bl., Bd. 32, S. 458; OVGE., Bd. 33, S. 450; Bd. 54, S. 261; Bd. 62, S. 301.

44) Vgl. OVGE., Bd. 52, S. 344; Bd. 60, S. 286; Pr. Verw.-Bl., Bd. 34, S. 163 ff.

45) So Moll, i. Gruchots Beitr., Bd. 54, S. 337; Verw.-Arch., Bd. 16, S. 283; Foerster-Eccius, Preußisches Privatrecht, I, § 21, Nr. 5; Koehne, Verwaltungsarchiv, Bd. 8, S. 121; Bering, Rechte an öffentlichen Wegen, S. 32; Anschütz, Verwaltungsarchiv, Bd. 5, S. 88.

46) Vgl. Paris, Entschädigungsberechtigung der Adjazenten, S. 18; Loebell, i. Gruch. Beitr., Bd. 41, S. 15; OVGE. i. Pr. Verw.-Bl., Bd. 9, S. 471; Apelt, i. Fischers Ztschr., Bd 30, S. 98; Biermann, Die öffentlichen Sachen, S. 19.

47) Die öffentlichen Sachen, 1905.

48) So Peters, i. Verw.-Arch., Bd. 24, S. 167.

49) Vgl. Anhang zum Art. 174, S. 535.

50) Lehrbuch des Preußischen und Deutschen Verwaltungsrechts, 1927, S. 434.

51) Institutionen des Dtsch. Verw.-Rechts, 1928, S. 353.

52) Uebereinstimmend die Aufzählung bei Giese-Neuwiem Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht, 1930, S. 86.

Auch in der französischen Literatur sind im wesentlichen ähnliche Aufzählungen zu finden, so z. B. bei Rolland[53]).

Die heute anerkannten Hauptbeispiele für die öffentlichen Sachen bilden die öffentlichen Wege, Brücken und Fähren[54]), die öffentlichen Gewässer einschl. der Häfen[55]), der Meeresstrand[56]), der Luftraum außerhalb des Interessenbereichs des Grundeigentums und die Friedhöfe.

§ 5. 2. Rechtsquellen.

Der Wege und Gewässer hat sich die Gesetzgebung besonders umfassend angenommen. Eine besondere Sachenrechtsordnung des Reiches gibt es nicht, auch nicht ein Reichswege- und Wasserrecht[57]).

Daher sind die Rechtsquellen in der Hauptsache in den Gesetzsammlungen der Länder zu suchen. Das Wegerecht ist nicht einmal in allen Ländern einheitlich geregelt. So herrscht z. B. in Preußen eine große Mannigfaltigkeit der Gesetzgebung. Teilweise gilt noch das Allgemeine Landrecht, dessen 2. Teil im 15. Titel von den Rechten und Regalien des Staates in Ansehung der Landstraßen, Ströme, Häfen und Meeresufer handelt. In Schleswig-Holstein ist zum großen Teil noch die Wegeverordnung vom 1. März 1842 in Kraft, in der Rheinprovinz herrscht bisweilen noch französisches Recht, während Westpreußen, Posen und Ostpreußen in den Jahren 1905, 1907 und 1911 neue Wegeordnungen erhalten haben. Die zur Zeit neuesten Wegegesetze haben Mecklenburg-Schwerin (Wegeordnung vom 31. Mai 1926), Land Hessen (Gesetz über das Straßenwesen vom 15. Juli 1926) sowie Thüringen, wo es neuerlich zu einer Vereinheitlichung der Wegegesetzgebung gekommen ist, und zwar durch das Wegegesetz vom 24. Juli 1929.

Verschiedenartige Regelungen finden sich in den partikularen Wasserrechten im Süden Deutschlands[58]). Abweichend sind auch die bayerischen und sächsischen Wege- und Wassergesetze. Nur im preußischen Wassergesetz vom 7. April 1913 ist das Wasserrecht einheitlicher geregelt. Ueber solche Kodifikationen hinaus[59]) hat man es in Thüringen, ähnlich wie in Oester-

---

[53]) Précis de droit administratif, 1926, S. 287: „En partant des indications précédemment données, on doit ajouter que le domaine public comprend des dépendances naturelles et des dépendances artificielles.

Rentrent dans les dépendances naturelles: 1. les rivages de la mer, c'est-à-dire la portion de rivage couverte par la plus haute marées de mars pour la Manche et l'Océan, par le plus grand flot d'hiver pour la Méditerranée; 2. les étangs salés restant en communication avec la mer; 3. dans la métropole, les fleuves et rivières navigables et flottables; 4. dans les colonies et en Algérie, les cours d'eau de toute sorte.

Font partie de dépendances artificielles du domain public: 1. les ports et leur outillage, les phares et balises qui, avec les rivages de la mer et les étangs salés, constituent ce que l'on appelle souvent le domaine maritime, parce qu'il est affecté à la navigation et à la pêche maritimes; 2. les canaux de navigation; 3. les voies de communications terrestres à la charge de l'Etat: routes nationales, rues des bourgs, villages et villes leur faisant suite et chemins de fer d'intérêt général; 4. les bâtiments et terrains affectés aux services publics ou à l'usage public: citadelles, forteresses, fortifications, terrains militaires, édifices utilisés pour le fonctionnement des services publics; 5. les édifices comme les églises et temples appartenant à l'Etat, qui, sans être affectés à un service public, le sont à un usage public.

[54]) Vgl. OVGE., Bd. 73, S. 364 ff. u. Bd. 77, S. 356 ff.

[55]) Vgl. Hamb. Hafenges. v. 2. Juni 1897; Lüb. Hafenordnung v. 13. Oktober 1927; Gesetz betr. die Benutzung der Bremischen Häfen v. 15. April 1928.

[56]) Vgl. OVGE., Bd. 62, S. 295 ff.

[57]) Eine reichsgesetzliche für den ganzen Umfang des Reiches geltende Anerkennung des staatlichen Eigentums an öffentlichen Sachen enthält das Reichsgesetz v. 25. Mai 1873 betr. das Reichseigentum. Es bezieht sich aber nur auf das Verwaltungsvermögen des Reichs.

[58]) Vgl. Wassergesetz von Elsaß-Lothringen v. 2. Juli 1891; Badisches Wassergesetz v. 12. April 1913; Württembergisches Wassergesetz v. 1. Dezember 1900.

[59]) Wie z. B. auch der Steuern durch die Reichsabgabenordnung v. 13. Dezember 1919 und des Versicherungswesens durch die Reichsversicherungsordnung v. 19. Juli 1911.

reich[60]) unternommen, die Verwaltungsorganisation, Verwaltungsgerichtsbarkeit, das Recht der Polizeiverordnungen und -verfügungen, das Verwaltungsverfahren und das Recht der Verwaltungsakte in einem einheitlichen Gesetze zu regeln. Die thüringische Landesverwaltungsordnung vom 10. Juni 1926 geht so noch über das preußische Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883 hinaus. An dieser Stelle verdient auch der Entwurf der württembergischen Verwaltungsrechtsordnung von 1931 genannt zu werden[61]). In ihm sind den öffentlichen Sachen die Artikel 174—187 im 3. Buch gewidmet.

In diesem Zusammenhang sei noch genannt der § 90 der Grundbuchordnung, der für die reinen öffentlichen Sachen, zugleich aber auch überhaupt für alle Grundstücke des Fiskus und der öffentlichen Korporationen die Befreiung vom Buchungszwange vorsieht, und der Art. 181 EGBGB., der besagt, daß das Eigentum an den öffentlichen Wegen, soweit es nicht durch die Oeffentlichkeit des Weges beschränkt wird, dem Bürgerlichen Gesetzbuch untersteht, daß es bürgerliches, nicht öffentliches Eigentum ist[62]).

Für das französiche Recht gibt der Code civil in den Artikeln 537—541 eine Aufzählung derjenigen Sachen, die zum öffentlichen Eigentum gehören[63]).

Entsprechend der uneinheitlichen Gesetzgebung geht auch die Behandlung der Rechtsbeziehungen an den öffentlichen Sachen in Wissenschaft und Rechtsprechung mannigfaltige Wege.

II. Die Theorien des öffentlichen Eigentums.

§ 6. 1. „Modifiziertes Privateigentum“ oder Privateigentum mit publizistischen Beschränkungen.

Als herrschend gilt heute die Lehre vom Privateigentum mit publizistischen Beschränkungen oder wie sie sonst bezeichnet wird: die Lehre vom „modifizierten Privateigentum“[64]).

Nach dieser Lehre tritt der Staat einmal als Hoheitsperson und sodann als der privatrechtliche Fiskus in Erscheinung. Man räumt dem Staat ein Privateigentum ein, das jedoch beschränkt und modifiziert wird gemäß den Normen des öffentlichen Rechts. Es wird Privateigentum und öffentlichrechtliche Beurteilung nur insoweit behauptet, als der öffentliche Zweck in

---

[60]) Vgl. das Allgemeine Verwaltungsverfahren-, Verwaltungsstraf- u. Verwaltungsvollstreckungsgesetz v. 21. Juli 1925.

[61]) Vgl. auch die Besprechung des Entwurfs von Hofacker, 1931.

[62]) Das BGB. hat die positiven fiskalischen Privilegien, die zum Teil dem öffentlichen Recht angehören, nicht in erschöpfender Weise geregelt. Es läßt das Recht der öffentlichen Sachen und damit die partikularrechtlichen Verschiedenheiten unberührt, setzt aber den Bestand öffentlicher Sachen mehrfach voraus. Vgl. Bornhak, Verw.-Arch., Bd. 8, S. 69.

[63]) Die Aufzählung ist nicht vollständig; nach einer allgemeinen Klausel im Art. 538 zählt das bürgerliche Recht die Gegenstände nur darum auf, weil es mit ihnen nichts zu tun haben will.

[64]) Vgl. Jellinek, i. Verw.-Arch., Bd. 5, S. 311; Becker, System des Pandektenrechts, § 76; Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 23 u. 24; Bornhak, i. Verw.-Arch., Bd. 8, S. 69; Rausnitz, i. Gruch. Beitr., Bd. 39, S. 522 ff.; Moll, daselbst, Bd. 54, S. 348; Paris, Entschädigungsberechtigung, S. 10; v. Bitter, Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung, Bd. II, S. 924; Biermann, Die öffentlichen Sachen, S. 24 ff. und 39 ff.; Hawelka, Oesterreichisches Friedhofsrecht, S. 45 ff.; Germershausen, Wegerecht I, S. 84; RGE. i. Ziv., Pr. Verw.-Bl., Bd. 21, S. 97; Giese-Neuwiem-Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht, 1930, S. 87; Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 1928, S. 354; Helfritz, Der Meeresstrand im Preußischen öffentlichen Recht der Gegenwart, Verw. rechtl. Abhandl., 1925, S. 83; van Calker, Grundzüge des Deutschen Verwaltungsrechts, 1929, S. 48; RGE. i. Ziv., Bd. 131, S. 264 ff.

Betracht zu ziehen sei. Wohlerworbene Rechte an der öffentlichen Sache bleiben bestehen. Da dem öffentlichen Recht eine Sachenrechtsordnung fehlt, ist ein Vorgehen nach Analogie der Privatrechtsinstitute nötig. Eine Veräußerung der öffentlichen Sache ist möglich unter Wahrung der öffentlichen Zwecke. Der Eigentumsübergang ist ein privatrechtlicher Vorgang[65]).

2. Abweichende Theorien.

a) Öffentliches Eigentum als Hoheitsrecht des Staates.

Gemäß dem Grundsatze, daß der Staat als Hoheitsperson zwar befehlen und verbieten, nicht aber Eigentum und andere Rechte erwerben könne, gibt eine zweite Meinung dem Staat an der öffentlichen Sache ein reines Hoheitsrecht[66]). Nach ihr unterscheidet sich das öffentliche Eigentum sowohl von dem besonderen, nicht für den Gemeingebrauch bestimmten Eigentum, das als Staats- oder Gemeindeeigentum zur Befriedigung der fiskalischen Bedürfnisse des Staates oder der Gemeinde dient, als auch von dem Eigentume des Privatrechts und besteht in der auf dem Hoheitsrecht beruhenden Verfügungsgewalt, die von der obrigkeitlichen Gewalt, sei es unmittelbar vom Staate selbst, sei es mittelbar von den Selbstverwaltungskörpern, im Namen und Interesse der Gesamtheit ausgeübt wird[67]). Die dem öffentlichen Eigentum angehörigen Sachen sind unveräußerlich und unersitzbar, auch der Belastung mit Hypotheken und Dienstbarkeiten, nicht aber mit nachbarrechtlichen Lasten, entzogen[68]).

b) Doppeltes Eigentum der Personen des privaten und öffentlichen Rechts.

Nach dieser Lehre ist das grundlegende Rechtsverhältnis an den öffentlichen Sachen als Eigentum zu kennzeichnen. Dieses Eigentum wird begrifflich in zwei Klassen zerlegt, und zwar in privates und öffentliches Eigentum. Der gemeinsame Oberbegriff sei dahin festzustellen, daß die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen erfaßt werde, jedenfalls im Unterschied zu anderen Rechtsverhältnissen, die nur einen beschränkten Gebrauch und eine begrenzte Nutzung gewährten[69]).

---

[65]) Vgl. Dernburg, Rechtsgutachten über den Streit bezüglich der Festungswerke bei der Stadt Basel, 1862; Rüttimann, Gutachten, betr. die Rechte, welche dem Kanton Basel-Landschaft an den die Stadt Basel umgebenden Festungswerken zustehen; ders., Nachtrag u. Erwiderung auf Prof. v. Keller, 1860; Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht, 1867; Kappeler, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufes, 1867; Anschütz, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, S. 88, 108; Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 72; Biermann, Die öffentlichen Sachen.

[66]) Vgl. von Jhering, Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel, 1862; derselbe, Erwiderung auf das von H. Dernburg abgestattete Rechtsgutachten, 1862; v. Keller, Rechtsgutachten, 1861; derselbe, Erwiderung auf Rüttimann, 1860.

[67]) Vgl. Ecker, Rheinisches Wegerecht, S. 91 ff.; Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts, S. 631.

[68]) Dieses Rechtsverhältnis wird von einem Teil der französischen Rechtslehre als Herrenlosigkeit aufgefaßt (vgl. Biermann, Die öffentlichen Sachen, S. 22; Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts, S. 627). In Belgien wird auch das domaine public für eigentumsfähig gehalten; aber in der Uebung der deutschen Behörden ist diese Auffassung nicht durchgedrungen, u. auch in der franz. Verwaltungsübung ist sie nicht durchgeführt worden.

[69]) Vgl. Kisch, Handb. d. Els.-Lothr. Privatrechts, S. 382; Affolter, i. Arch. öff. R., Bd. 21, S. 436.

c) Doppelte Persönlichkeit des Inhabers der öffentlichen Gewalt.

Eine weitere Theorie stellt zwar den Staat als einheitliche Macht dar, läßt ihn aber in seiner Doppelfunktion als vermögensrechtlichen Fiskus und hoheitlichen Staat in beiden Rollen gleichzeitig handelnd erscheinen. Demgemäß kommen unabhängig voneinander öffentliche und Privatrechte an der öffentlichen Sache zur Anwendung: auf der einen Seite hoheitliche öffentliche Verwaltung, auf der anderen private Berechtigung des Staats[70]).

d) Das öffentliche Eigentum als subjektives öffentliches Recht.

Eine letzte Theorie hat das öffentliche Eigentum als subjektives öffentliches Recht zu erklären versucht[71]).

§ 7. 3. Die Theorien vom „öffentlich-rechtlichen" Eigentum.

a) Die französische Theorie vom „Domaine public".

Im französischen Verwaltungsrecht ist die Existenz des öffentlichen Eigentums von vielen modernen Autoren anerkannt[72]) und durch Gesetz bestätigt worden[73]).

Im alten französischen Recht war seine Unterscheidung vom privaten Eigentum nicht bekannt. Oeffentliches Eigentum war mit dem der „Krone" identisch, Privateigentum das persönliche des Königs[74]). Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Eigentum ist erst nach der französischen Revolution entstanden[75]). Mit dieser Unterscheidung wurden drei Punkte allgemein anerkannt: 1. Nicht alle Güter des öffentlichen Eigentums sind den gleichen Rechtsregeln unterworfen; 2. es gibt eine spezielle Rechtsordnung für gewisse Güter des öffentlichen Eigentums (dépendance du domaine public); 3. man muß Rechtssätze über Privateigentum auf gewisse Güter des öffentlichen Eigentums anwenden (Dependance du domaine privé). Daran schließen sich zwei Hauptfragen: 1. Woran erkennt man den öffentlichen oder privaten Charakter des Eigentums? 2. Welches ist die spezielle Rechtsordnung? Als Hauptargument wird von Jèze[76]) das öffentliche Interesse, welches den verstärkten Schutz bedingt, angesehen.

---

[70]) Vgl. v. Seydel, Bayrisches Staatsrecht, Bd. 5, S. 409 ff.; Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession, S. 34; Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürg. Gesetzb., S. 18 ff.; Schelcher, i. Fisch. Zeitschr., Bd. 31, S. 40 ff.

[71]) Vgl. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 76; Hawelka, Die Rechte an öffentlichen Wegen in Oesterreich, S. 65.

[72]) Vgl. Jèze, Das Verwaltungsrecht der französischen Republik, i. „Das öffentliche Recht der Gegenwart", 1913, Bd. 23, 4. Buch, S. 237 ff.; Rolland, Précis de droit administratif, 1926, S. 287; Haurion, Précis de droit administratif, 1911, S. 636; Laferrière, Juridiction administrative, I, S. 544; Berthélemy, Droit administratif, 1911, S. 474.

[73]) Vgl. Gesetz v. 16. Juni 1851 über das Grundeigentum in Algerien, Art. 1: „Le Domaine national comprend le Domaine public et le Domaine de l'Etat. Otto Mayer, Französisches Verwaltungsrecht, 1886, S. 277 ff.

[74]) Vgl. Rolland, Précis de droit administratif, S. 284: „L'ancien régime ne faisait, dans les textes concernant le domaine de la couronne, aucune distinction." S. 285: „La jurisprudence a admis la distinction. Le législateur en a fait application pour la première fois, dans la loi du 16. juin 1851 sur la constitution de la propriété en Algérie."

[75]) Domaine privé de l'Etat und Domaine public.

[76]) In Revue du droit public, 1911, S. 307 ff.

Kriterien des öffentlichen Eigentums sind der öffentliche Nutzen und der besondere Charakter des öffentlichen Eigentums[77]). Das öffentliche Eigentum muß Teil des Verwaltungsvermögens und dem öffentlichen Dienst direkt gewidmet sein. Dem besonderen Charakter des öffentlichen Eigentums entspricht ein solcher der Rechtsnormen[78]). Der verstärkte Schutz macht eine verstärkte Kategorie von Gütern aus: das öffentliche Eigentum darf nicht veräußert und ersessen werden[79]). Zu seinen Gunsten entstehen für die Nachbarn schwerere Lasten, und es werden besondere Strafen (contraventions de voirie) für Verletzungen verhängt. Der Dienst, dem die Sache gewidmet ist, muß ein wesentlicher sein[80]).

Zum öffentlichen Eigentum zählt 1. natürliches öffentliches Eigentum (darunter Meeresufer, Häfen, Flüsse) und 2. künstliches öffentliches Eigentum (wie öffentliche Straßen, Plätze, Eisenbahnen, Schiffahrtskanäle, Friedhöfe[81]).

Eine Sache steht dann im öffentlichen Eigentum, wenn sie einen Teil des Verwaltungsvermögens bildet und materiell in einem Zustande ist, der sie befähigt, öffentlichen Zwecken zu dienen.

Sie muß dem öffentlichen Dienst gewidmet sein, wobei für das natürliche öffentliche Eigentum im Prinzip ein formeller Akt einer Verwaltungsbehörde unnötig[82]), jedoch für das künstliche eine Willenserklärung der zuständigen Verwaltungsbehörde erforderlich wird: die Klassifizierung[83]).

Der Gegenstand verliert seine Eigenschaft als öffentliches Eigentum, wenn er nicht mehr im Eigentum der Verwaltung steht und materiell die notwendigen Voraussetzungen für den Dienst am öffentlichen Nutzen nicht mehr erfüllt und schließlich durch seine Entklassierung[84]).

Die nicht zum öffentlichen Eigentum gehörigen öffentlichen Sachen unterstehen den Normen des Code civil. Für den Schutz und die Verwaltung des öffentlichen Eigentums werden besondere Rechtsnormen erforderlich. Das öffentliche Eigentum unterliegt nicht den Beschränkungen des Nachbarrechts. Alle Personen können Vorteile ziehen, die die Bestimmung der Sache mit sich bringt[85]). Das öffentliche Eigentum ist unverfügbar[86]). Die Gerichte

---

77) Vgl. Rolland, Préc. de dr. adm., S. 285: „Le critérium tiré de la nature du bien."
78) Rolland, Préc. de dr. adm., S. 286.
79) L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public.
80) Vgl. Rolland, S. 286.
81) „Il existe deux sortes de biens publics: les uns par leur nature, les autres par la destination du gouvernement."
82) Die Sache ist einer öffentlichen Anstalt gewidmet, affecté à un service public, d. h. die Sache muß selbst die öffentliche Anstalt sein: affectées directement et en elles-mêmes à un service d'utilité générale.
83) Il y a à distinguer entre les dépendances naturelles et les dépendances artificielles du domaine public. Pour les unes comme pour les autres, l'administration intervient. Mais, pour les premières (rivages de la mer, fleuves et rivières navigables ou flottables), elle se borne à faire des constatations. Pour les secondes, elle crée l'affectation.
84) „Elle se fait par une opération administrative inverse de l'opération d'affectation (déclassement, desaffectation, retrait de l'acte de reconnaissance) et émanant de la même autorité."
85) Deutlich wird eine Sache als öffentliche Anstalt erklärt durch den publicus usus. Es handelt sich um eine gesetzliche oder verordnungsmäßige Befugnis. Der Benutzer hat keine Klage, sondern nur ein Rekursrecht; vgl. Jèze, Régime juridique des charges qui pèsent sur les riverains des voies publiques, Revue du droit public, 1912, S. 727 ff.
86) Die Regel der Unverfügbarkeit ist aufgestellt gegen Irrtümer der Beamten und gegen Eingriffe der Privaten. Verfügungen über das Staatseigentum (domaine de la couronne) wurden bis zum Jahre 1566 nur nach Privatrecht vorgenommen. Die Ordonnanz von Moulins verbot jede Veräußerung unterschiedslos, wohingegen das neue Gesetz vom 21. November 1790 („la grande loi domaniale") die Veräußerlichkeit des Staatseigentums als allgemeinen Grundsatz ausgesprochen hatte. Daher sind öffentliches Eigentum solche Sachen des Staates, für welche eine Ausnahme gemacht wird von dem Grundsatz der Veräußerlichkeit. Diese Ausnahme, die nur durch Gesetz ausgesprochen werden kann, findet sich in der Aufzählung des bürgerlichen Rechts, die sich unter Anlehnung an die res publicae des römischen Rechts an das Gesetz von 1790 anschließt.

können nicht angerufen werden, und Eingriffe in die Integrität des öffentlichen Eigentums werden als Uebertretungen bestraft[87]).

b) Otto Mayers Theorie vom „öffentlichen Eigentum".

Nach Otto Mayers Lehre vom öffentlichen Eigentum[88]) erkennt man die Bestimmtheit öffentlicher Sachen für den öffentlichen Zweck „in ihrer Beschaffenheit, die sie zur Erfüllung des öffentlichen Zweckes eignet", sowie an ihrer Zugehörigkeit an ein Subjekt öffentlicher Verwaltung. Aus der zur öffentlichen Verwaltung gehörigen Sachherrschaft geht die Idee eines öffentlichen Sachenrechts, „eines öffentlichen Eigentums", „eines öffentlich-rechtlich gedachten Eigentums" hervor.

Ein öffentlich-rechtliches Rechtsinstitut ist erkennbar an der Beteiligung der öffentlichen Gewalt und der Ungleichheit der beteiligten Rechtssubjekte. Diese Ungleichheit ist im Verhältnis des Eigentümers zur Sache noch nicht vorhanden, weil letztere kein Rechtssubjekt ist. Es besteht noch keine Rechtsbeziehung, sondern es handelt sich bei der Eigentümermacht zunächst nur um etwas Tatsächliches. Erst im Hinblick auf andere Rechtssubjekte, seien es bestimmte oder unbestimmte, bestehen auf das Eigentum gerichtete rechtliche Beziehungen zu seiner Sicherung und Ordnung. Ist für ihre Regelung durch die Rechtsordnung die Grundlage der Gleichheit der beteiligten Rechtssubjekte (Eigentümer und Störer) maßgebend, dann handelt es sich um privatrechtliches Eigentum. Vollzieht sich aber die Regelung unter dem Grundsatz rechtlicher Ungleichheit (ein Träger öffentlicher Gewalt als Eigentümer und Private), dann handelt es sich um öffentlich-rechtliches Eigentum. Hier ist die privatrechtliche Rechtsordnung ausgeschlossen, d. h. „die öffentliche Sache ist unfähig, ihrer Zweckbestimmung durch Akte privatrechtlicher Natur entzogen zu werden"[89]). Träger öffentlicher Verwaltung, denen die öffentliche Sache zugehört, sind Staat, Selbstverwaltungskörper, Kirche und „beliehene Unternehmer".

Am stärksten äußert sich die Zugehörigkeit der Sache in der vollkommenen Herrschaft des Staates über sie. Jedoch besteht nach Mayer eine Pflicht, diese Sache im Dienste eines bestimmten öffentlichen Zweckes zu halten. Ihr Kreis sei eng und „durch das Merkmal der besonderen Unmittelbarkeit der Erfüllung des öffentlichen Zweckes" gezogen.

Das öffentliche Eigentum entsteht, wenn Eigentum und Verwaltung zusammentreffen: 1. mit Neuherstellung der öffentlichen Sache durch den Staat oder sonstige Träger öffentlicher Verwaltung, mit Beschaffung durch Kauf oder Enteignung. Entscheidend wirke hier der Wille der Verwaltung, die Sache in den Dienst des öffentlichen Zweckes zu stellen, in der Widmung, durch welche aus dem bisherigen Privateigentum öffentliches würde[90]); 2. mit

---

87) Police du domaine public.

88) Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., 1924, S. 26 ff., S. 39 ff.; Darstellung der Lehre Otto Mayers bei Friedrichs, Gruch. Beitr., Bd. 62, S. 464; vgl. fernerhin Peters, Die Ersitzbarkeit von Gegenständen öffentlich-rechtlichen Eigentums in besonderer Beziehung auf Stücke aus Archiven des Staates oder anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften in Preußen, Verw.-Arch., 1916, Bd. 24, S. 167 ff.; Fr. List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, 1928, S. 86 ff.; Bühler, Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht, Verw.-Arch., Bd. 27, 1919, S. 299; Behr, Oeffentlicher Grund und Staatsgrund im Hamburgischen Verwaltungsrecht, Hanseatische Rechts- u. Gerichtszeitschrift, 1930, Abt. A, 3. Heft, S. 135 ff.

89) Vgl. Dernburg, Pandekten, I, § 71; Foerster-Eccius, Pr. Privatrecht, III, § 159, § 177; Randa, Eigentumsrecht nach österr. Recht, S. 30 ff.; Bering, Die Rechte an öffentlichen Wegen; Pr. OVG. Entscheidungen, Bd. 13, S. 32; desgl. Bd. 12, S. 282.

90) Germershausen, Pr. Wegerecht, I, S. 5; Fleiner, Institutionen, 1928, S. 329; Gierke, Deutsches Privatrecht, II, S. 20 ff.; RGE., 48, 297; OVGE., 18, 321; 30, 212; Fisch. Ztschr., 31, S. 355.

der natürlichen Beschaffenheit, durch die natürliche öffentliche Sachen dem öffentlichen Zweck dienen — „sie werden in dieser dargebotenen Benutzbarkeit beibehalten“ —; 3. durch Uebernahme.

Die Rechtsordnung des öffentlichen Eigentums ist die des öffentlichen Sachenrechtes. 1. Die öffentliche Sache ist verkehrsfähig, und zwar nach Formen und Bedingungen des öffentlichen Rechts; sie kann veräußert werden, aber nur, wenn die Veräußerung eine Verwaltungsverschiebung darstellt, d. h.: der Empfänger muß zu öffentlicher Verwaltung befähigt sein. Sie kann zugleich für einen anderen Zweck dienstbar gemacht werden. Es können an ihr Rechte und Gebrauchsmöglichkeiten für einzelne eingeräumt werden. 2. Der Staat als Herr der öffentlichen Sache lebt daher nur nach „Untertanenrecht“[91]).

Das bürgerliche Recht ist auf das öffentliche Eigentum nicht anwendbar; daher sind ausgeschlossen sämtliche privatrechtlichen Beschränkungen wie Grunddienstbarkeiten und Eigentumsersitzung. Mit der Einziehung wird das Zivilrecht wieder anwendbar. 3. Den Schutz des öffentlichen Eigentums übernimmt die Polizei der öffentlichen Sache. Die Möglichkeit bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten ist gegeben über das öffentliche Eigentum selbst, wenn es sich um die Beteiligung zweier Subjekte öffentlicher Verwaltung handelt; über das zivilrechtliche Eigentum, das hinter der öffentlichen Sache stehen könnte, und über beides. Gegen die Verwaltung ist nur Beschwerde oder Verwaltungsklage möglich.

B. Die Anwendbarkeit der Idee vom öffentlich-rechtlichen Eigentum auf den Bücherschatz der Bibliotheken.

§ 8.

I. Bibliotheksbücher als öffentliche Sachen.

Aus der Uneinigkeit der Wissenschaft über die Frage, welche rechtlichen Wirkungen sich an die öffentliche Eigenschaft einer Sache knüpfen, folgt naturgemäß eine verschiedene Abgrenzung der Sachen, die als öffentliche anzuerkennen sind. In der Begrenzung des Kreises öffentlicher Sachen gehen auch die Gegner der Lehre vom öffentlichen Eigentum auseinander, indem sie die Bedeutung des öffentlichen Zwecks verschieden bewerten und dementsprechend auch die Sachen des sogenannten Verwaltungsvermögens zu den öffentlichen rechnen[92]) oder davon ausschließen[93]). In der Reihe derjenigen Verwaltungsrechtler, welche beweglichen Sachen die Zugehörigkeit zum öffentlichen Eigentum absprechen, ist vorwiegend auch Otto Mayer selbst zu nennen[94]). Wenn man bewegliche Sachen öffentlich nenne, so halte diese

[91]) Vgl. RGE., 8, 152.

[92]) So Fleiner, Institutionen, 1928, S. 353, und Hatschek, Lehrb. d. Deutsch. u. Pr. Verw.-R., 1927, S. 434.

[93]) So insbesondere Jellinek, Verw.-R., 1929, S. 488, und der Entwurf der Württ. Verw.-Rechtsordnung von 1931, Anhang S. 535.

[94]) Vgl. Otto Mayer, Dtsch. Verw.-Recht, 1924, Bd. 2, § 35, S. 51, Anm. Ziff. 25. Behr, i. Arch. f. öff. R., Bd. 21, S. 347, ist mit Otto Mayer der Ueberzeugung, daß es notwendig sei, den Kreis der öffentlichen Sachen eng zu ziehen und streng an der Grundlage des geltenden Rechts festzuhalten.

Behauptung doch niemals die Probe aus; sie würden in Wahrheit nicht nach öffentlichem Recht, sondern nach bürgerlichem Recht behandelt, vielleicht hier und da nach einem etwas veränderten bürgerlichen Recht[95]). Ueberhaupt zieht Otto Mayer den Kreis der öffentlichen Sachen besonders eng, wenn er öffentliche Bauten mit Ausnahme der Kirchen ausschließt. Schon das römische Recht erkennt Gebäude (theatra, basilicae, balnea)[96]) als öffentliche Sachen an, und es ist nicht einzusehen, warum der Begriff der öffentlichen Sachen nicht noch erweitert und auf alle die ausgedehnt werden darf, die dem Staat und den Selbstverwaltungskörpern unmittelbar als Mittel der Verwaltung und damit zur Erfüllung ihres eigentlichen Zweckes dienen[97]).

Für das französische Verwaltungsrecht verneint Jèze[98]) ebenfalls die Zugehörigkeit von Bauwerken zum öffentlichen Eigentum, weil die Gebäude nicht wesentlich seien für die Realisierung öffentlichen Nutzens. Die beweglichen Sachen indessen werden in der Praxis zu den Gebäuden, also Bücher- und Museumssammlungen praktisch zu den Bibliotheks- und Museumsgebäuden, hinzugerechnet und dann das Ganze für domaine public erklärt. Die Mobilien spielen nach Jèze für den öffentlichen Nutzen keine große Rolle: „Vernünftigerweise kann man die Möglichkeit, daß die Gesamtheit der Mobilien, die einem öffentlichen Zweck gewidmet sind, verschwindet, nicht ins Auge fassen. Man wird wohl nicht alle Kanonen der Armee oder alle Bücher einer Bibliothek stehlen oder veräußern. Was möglich erscheint, ist der Diebstahl eines Gewehres, eines Buches, eines Bildes. Dadurch wird aber der regelrechte Gang des öffentlichen Dienstes nicht gestört."

---

95) Widerspruchsvoll indessen die Bemerkung Otto Mayers: „Den Bibliotheken, die mit einer öffentlich-rechtlichen Auffassung ihres Nutzungsverhältnisses sehr gut auskommen, wird keine Wohltat erwiesen, wenn man darauf besteht, ihnen die Form des Leihvertrages aufzudrängen."

96) Vgl. § 6, Inst. d. rer. div., 2, 1; § 2, Inst. d. inut. stip., 3, 19; § 5, Inst. d. empt., 3, 23; l. 6 § 1, de div. rer., 1, 8; l. 6 per, de c. e., 18, 1; l. 39, § 9, de legat., 30; l. 2, § 9, ne quid in loco publ., 43, 8; l. 83, § 5, l. 137, § 6, de verborum obligationibus, 45, 1; l. 1, §§ 3, 9, 15, 16, de cloacis, 43, 23.

97) Hier weitestgehend Neuwiem, a. a. O., zu der Frage, ob das gesamte Steueraufkommen eines Etatsjahres gepfändet werden kann, so daß eine Gemeinde anderweitig keinerlei Verbindlichkeiten (Gehälter, Kultuskosten usw.) mehr erfüllen kann. Darnach sind Steuerforderungen (nach § 1 des Pr. Kirchensteuergesetzes vom 14. Juli 1905 sind katholische Kirchengemeinden berechtigt, Steuern zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse zu erheben. „Diese Steuern nähern sich den Sonderzwecksteuern, während die fiskalische Zielsetzung nicht im Vordergrund steht.") zum Verwaltungsvermögen, nicht zum Finanzvermögen gehörig, weil sie Einzelzwecken der Verwaltung unmittelbar dienen. „Ebensowenig wie Verwaltungsvermögensstücke (‚öffentliche Sachen im engeren Sinn'), solange die Zweckgebundenheit besteht und gewollt ist, dem öffentlich-rechtlichen Verbot der Zweckentfremdung zuwider freiwillig veräußert werden dürfen, darf der zweckverstrickte Gegenstand (Sachen und Rechte!) durch einen anderen als den Eigentümer zwangsweise dem öffentlich-rechtlichen Sonderzweck entzogen werden."

In derselben Richtung erhebt sich die Frage, was Gegenstand des Eigentums im Sinne des Art. 153, Abs. 1 d. R. V. und damit auch der Enteignung nach Abs. 2 sein kann. Nipperdey, Grundrechtskommentar, 1930, S. 196 ff., begreift darunter jede der rechtlichen Beherrschung durch den einzelnen von § 903 BGB. zugängliche bewegliche oder unbewegliche körperliche Sache. Nach RGE i. Z., Bd. 109, S. 320, umfaßt die Enteignung im technischen wie im Sinne des Art. 153, R. V., nicht nur das Eigentum oder Rechtsverhältnisse am Grundstück, sondern alle subjektiven Privatrechte einschl. der Forderungsrechte, nach RGE. i. Z., Bd. 111, S. 320 ff., jedes private Vermögensrecht, nicht mehr lediglich das Privateigentum des BGB. So auch M. Wolff, „Reichsverfassung und Eigentum", 1924, S. 1 ff. Dagegen: Köttgen, „Grundprobleme des Wasserrechts", 1925, S. 83 ff.; Holacker, „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen", 1926, S. 35 ff.; Krückmann, „Enteignung, Einziehung, Kontrahierungszwang und die Rechtsprechung d. Reichsgerichts", 1930, S. 7, bejaht ebenfalls wenigstens die „theoretische Möglichkeit" einer Enteignung von Forderungen.

98) Verw.-Recht d. franz. Rep., Im öff. Recht d. Gegenw., Bd. 23, 4. Buch. Mit Jèze z. B. auch Rolland, Préc. d. droit adm., S. 285: „Tout le reste, notamment les bâtiments, les objets mobiliers et même les terrains affectés aux services publics, mais non a l'usage public, rentrerait dans le domaine privé."

Die Beweisführung Jèze's hält der Tatsache nicht stand, daß alle diese Sachen in die öffentliche Ordnung durch ihre Zweckbestimmtheit für diese hineingestellt sind. Dann kommt es nicht darauf an, wieviel von einer Sachgesamtheit gestohlen oder veräußert worden ist, sondern bedeutsam wird, daß in die Integrität der öffentlichen Verwaltung überhaupt eingegriffen wurde.

Mit Recht stellt sich Karadgé-Iskrow[99]) in Gegensatz zu Jèze, wenn er sagt: Y—a—t—il des choses publiques meubles, par exemple: les objets d'art, les manuscrits des bibliothèques publiques, les armes, les vaisseaux de guerre? Comme les sources ne posent même pas cette question, il faut la résoudre du point de vue critère général des choses publiques. Il nous semble que tous ces objets doivent être rangés dans la catégorie des choses publiques." Bei der Einbeziehung der beweglichen Sachen des Verwaltungsvermögens in den Kreis der öffentlichen Sachen ist maßgebend, daß bei ihnen, soweit sie der öffentlichen Benutzung dienen, das Verhältnis zwischen dem Herrn der Sache und ihren Benützern ein öffentlich-rechtliches ist. Die Voraussetzungen: daß eine Sache vorliegt, durch die das Rechtssubjekt, dem sie angehört, öffentliche Verwaltung führt, einen bestimmten öffentlichen Zweck unmittelbar verwirklicht, daß sich die Sache im Eigentum eines Subjekts der öffentlichen Verwaltung befindet, können auch von beweglichen Sachen ebensogut wie von unbeweglichen erfüllt werden. Darum gehört m. E. auch der Bücherschatz der öffentlichen Bibliotheken in den Kreis der öffentlichen Sachen[100]).

Daß auch das geltende Recht diesem Ergebnis nicht fremd gegenübersteht, geht aus Vorschriften des Allgemeinen Landrechts hervor, nach welchen der Ausschluß gewisser Sachen vom Privatverkehr ohne weiteres vorausgesetzt und als bestehend anerkannt wird. Im § 124 I Tit. 10 AGO. (Allgem. Gerichtsordnung), in den §§ 136 und 137 II Tit. 8 ALR. wird das sogenannte Archivrecht ausdrücklich als ein besonderes Recht hervorgehoben und auch die rechtliche Grundlage als bestimmt bezeichnet. Des weiteren seien genannt das Reskript des Staatskanzlers vom 20. November 1821 und das des Ministers des Innern vom 30. Juni 1827[101]), die aus Anlaß der Zerstörung eines städt. Archivs durch Brand „die Erhaltung und gehörige Aufstellung" der Archive als Pflicht der städtischen Behörden bezeichnen, zu deren Erfüllung diese von der vorgesetzten Regierung nötigenfalls sogar durch Zwangsmittel angehalten werden könnten. Der § 50 der Städteordnung vom 30. Mai 1853 für die östlichen Provinzen erklärt ausdrücklich die „Genehmigung der Regierung" für erforderlich, u. a. „zur Veräußerung oder wesentlichen Veränderung von Sachen, welche einen besonders wissenschaftlichen, historischen oder Kunstwert haben", und nennt dabei insbesondere Archive. Die gleiche Bestimmung enthält der § 49 der Städteordnung für die Provinz Westfalen vom 19. März 1856. Auf den § 50 der Städteordnung vom 30. Mai 1853 wird

---

99) Vgl. „Les choses publiques en droit Romain", Paris, 1928, S. 75.

100) Vgl. Biermann, Die öffentlichen Sachen, S. 15, Anm. 3; Apelt, i. Fisch, Ztschr., Bd. 30, S. 97; List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 86 ff. Aehnlich Fleiner, Institutionen, S. 353, u. a. für Telegraphenapparate, Gewehre und Kanonen, Kultusgegenstände der Landeskirchen; Stier-Somlo, HWR., II, S. 430 f., III, S. 42 f. Meurer, Art. „Heilige Sachen" im WStVR., II, S. 380; Friedberg, Kirchenrecht, 6. Aufl., S. 586 ff.; Schoen, Evangelisches Kirchenrecht in Preußen, II (1910), S. 444. Es ist auch an die besondere Gewährleistung kirchlichen Eigentums in der Reichsverfassung, Art. 138, Abs. 2, zu denken.

Bei Mobilien ist die französische Rechtsprechung oft für öffentliches Eigentum. So wurde z. B. entschieden für die Manuskripte, Bücher und Medaillen der Nationalbibliothek, Appellationshof Paris, 2. Januar 1846, Sirey, 1847—2—77, für Sammlungsgegenstände, Archive, Bibliotheken des Staates, der Departements oder Gemeinden, Appellationshof Lyon, 10. Juli 1894, Sirey 1895—2—185, für Gemälde in Kirchen, Appellationshof Lyon, 19. Dezember 1893, Dalloz, 1876—2—189.

101) Von Kamptz, Annalen, Bd. 5, S. 892 und Bd. 11, S. 435.

durch § 16 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 zurückgegriffen mit der neuen Fassung: „insbesondere von Archiven oder Teilen (!) derselben[102]).

II. Die Entstehung und Endigung des Bucheigentums.

§ 9. 1. Entstehungstatsachen.

Die Entstehung des öffentlichen Bucheigentums, der Beginn des rechtlichen Zustandes, der hier so genannt wird, tritt ein mit der Erfüllung seiner begriffsmäßigen Voraussetzungen. Dazu ist nötig, daß der Staat oder andere Träger öffentlicher Gewalt sich für die Erfüllung des öffentlichen Zweckes ihre Mittel beschaffen. Das geschieht bei den Bibliotheken in erster Linie durch die allgemeinen privatrechtlichen Erwerbsarten: Kauf, Tausch und Schenkung. Von Privaten erwerben die Bibliotheken teils einzelne Bücher, teils ganze Sammlungen durch Kauf oder auch testamentarische Schenkung. Weiterhin pflegen sie von der vorgesetzten Behörde Werke zu erhalten, auf welche die Regierung, um die Bibliothek zu unterstützen, subskribiert hat, oder solche, die ihr als Geschenk überwiesen sind. Dazu kommen Regierungsdrucksachen, Protokolle und statistische Werke. Auch Schulprogramme der öffentlichen Staatsanstalten sind hierher zu rechnen. Im Austausch erhalten die Universitätsbibliotheken die akademischen Dissertationen, Programme und Akademieschriften. Was für die Universität eingeht, erhält die Universitätsbibliothek[103]). Durch Austausch pflegen die wissenschaftlichen Bibliotheken sich der Dubletten zu entledigen.

Daneben wird der Bücherbestand durch die Lieferung von Frei- (Pflicht-) Exemplaren seitens der Verleger (in einzelnen Teilen des Reiches auch seitens der Buchhändler) vervollständigt. Die Pflichtlieferung besteht in allen Kulturstaaten Europas[104]). In allen Staaten erhält die Hauptbibliothek des Landes ein Exemplar von jedem gedruckten Buch, und meistens auch eine oder mehrere Provinzialbibliotheken ein zweites und weiteres. Durch die Pflichtlieferung erwirbt die Bibliothek das absolute Eigentum an den gelieferten Büchern. Von hier aus besteht die Möglichkeit privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Beurteilung. Oeffentlich-rechtliches Eigentum aber entsteht durch das Versehen mit Signatur und Eigentumsstempel sowie der Katalogisierung. Die Aufnahme eines Buches in den Katalog ist die Erklärung der Bibliothek, daß sie dieses Buch nunmehr zur allgemeinen Benutzung bereithalte. Sie ist die Widmung selbst, durch welche das Buch dem Bereiche des Privatrechts entzogen und unter das öffentliche Recht gestellt wird.

Es ist anerkannt, daß durch die Widmung eine öffentliche Sache entsteht, und das „dem allgemeinen Gebrauch dienen" ein Merkmal für die Oeffentlich-

---

[102]) Vgl. dazu Peters, Art. „Ersitzbarkeit . . ." im Verw.-Arch., Bd. 24, S. 167 ff., insbesondere S. 182, wo es heißt: „Aus dem Dargelegten erhellt aber zugleich, daß auch die von der Wissenschaft des Verwaltungsrechts nach ihrem heutigen Stande aufgestellten Erfordernisse für das Vorliegen öffentlichen Eigentums überhaupt trotz der Eigenschaft der Archive als Inbegriffe beweglicher Sachen erfüllt sind."

[103]) Die Leipziger Universitätsbibliothek erhält Zeitschriften von der Akademischen Lesehalle auf folgende Weise: Beide Anstalten gebrauchen dieselben Zeitschriften und haben sich dahin geeinigt, daß dieselben teils von der einen, teils von der anderen Anstalt bezahlt werden, daß alle einige Wochen in der Lesehalle ausliegen und dann in den Besitz der Universitätsbibliothek übergehen. (Vgl. Gardthausen, Handbuch der wissenschaftlichen Bibliothekskunde, 1920, S. 89, Bd. 1.)

[104]) Vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 401, 405, 465, 469; Lundstedt, Ueber die Abgabe der Pflichtexemplare von Druckerzeugnissen an die Bibliotheken in Schweden; Kotula, Das Pflichtexemplar in Polen, Zentralbl. f. Bibliothekswesen, 34, 231; Burger, Die Pflichtstücke nach dem neuen österreichischen Preßgesetz, daselbst, 39, 406; Brein, Das Pflichtexemplar in Frankreich, daselbst, 43, 399.

keit bilden kann[105]). Nur bezüglich ihres Wesens herrschen Meinungsverschiedenheiten[106]). An dem Satze z. B. „Ohne Widmung kein öffentlicher Weg" sei trotz beachtlicher, zu Gunsten alter Straßen hiergegen vorgebrachter Einwendungen[107]) festzuhalten. Die unvordenkliche Benutzung eines Weges als eines öffentlichen mache ihn nicht etwa zu einem öffentlichen, sondern begründe nur die Vermutung seiner Widmung vor unvordenklicher Zeit, so daß man also der Unvordenklichkeit keine rechtsbegründende Wirkung für die Oeffentlichkeit eines Weges zuzuschreiben brauche und damit auf Grund der Widmungslehre zum gleichen Ergebnisse komme[108]). Dagegen spricht die Tatsache, daß es über Form und Zeitpunkt der Widmung (außer bei Anlegung von Ortsstraßen) keine Vorschriften gibt[109]). So sind Widmungen noch im Bau befindlicher Wege denkbar, allerdings mit der Maßgabe, daß der Weg erst mit seiner Fertigstellung zum öffentlichen Wege wird[110]).

Weiterhin wird besonders für das Zustandekommen eines öffentlichen Weges stets die Zustimmung sämtlicher Rechtsbeteiligten: des Eigentümers, des Wegebaupflichtigen, der Polizeibehörde, gefordert[111]). Auch bei Fehlen nur eines der Beteiligten würde die Widmung unwirksam. Dagegen ist zu sagen, daß selbst stillschweigende Widmungen anerkannt werden[112]), die durchaus nicht den für die Wirksamkeit der Widmung verlangten formellen Charakter tragen[113]).

Darum ist m. E. die Widmung keine obrigkeitliche Anordnung, kein Verwaltungsakt, der etwa einen rechtssetzenden Ausspruch enthält oder bestimmt, daß eine Sache zur öffentlichen hergerichtet werden soll, sondern sie enthält lediglich die Feststellung, daß die öffentliche Sache hergerichtet ist, und nun durch ihre „Indienststellung" öffentliche Verwaltung geübt wird. Die Widmung von Büchern zum öffentlichen Gebrauch geschieht, wie schon erwähnt, mit der Katalogisierung, ohne daß ein besonderer formeller Verwaltungsakt ihre Oeffentlichkeit erst erklären und begründen müßte und enthält lediglich die stillschweigende Bejahung, daß die Bibliothek nunmehr die betr. Bücher für die öffentliche Benutzung freigegeben und bereitgestellt hat. Sie ist eine freiwillige Aeußerung, durch welche privatrechtliche Beziehungen an den Büchern

---

105) Vgl. den Entwurf der Württembergischen Verwaltungsrechtsordnung von 1931, Anhang, S. 539; Germershausen, 1, 4 ff.; Pr. OVG., 8, 213; Sächs. OVG., 6, 277; Fleiner, Institutionen, S. 329; Gierke, Deutsches Privatrecht, II, S. 20 ff.; RGE. i. Ziv., 48, 297; Pr. OVG., 18, 321; 30, 212.

106) Eisele, Rechtsverhältnisse der res publicae, S. 35, nimmt einen formell wirksamen Akt an, der der Sache ihre öffentlich-rechtliche Natur erst verleiht, und dieses kraft eines der Verwaltung zustehenden ius publicandi, eines „schöpferischen Rechts", und hält es daher nicht für nötig, daß die Sache schon hergerichtet und fähig sei, dem öffentlichen Zweck zu dienen: der Beschluß genüge. Brinz, Pandekten, § 128, nennt die Widmung eine Art „Stiftung". Auch Regelsberger, Pandekten, I, S. 420, sieht in ihr ein Rechtsgeschäft zur „Hingabe der Sache in die allgemeine Benutzung". Andere machten daraus eine „Erklärung der Oeffentlichkeit" oder „Verleihung der Eigenschaft der öffentlichen Sache". Nach Kormann, Fisch. Ztschr., 43, 73, sei die Widmung dasjenige öffentlich-rechtliche, empfangsbedürftige Rechtsgeschäft, durch das eine Sache für den Zweck des öffentlichen Verkehrs bestimmt wird, ein Verwaltungsakt, durch den die Sache dem öffentlichen Gebrauch eröffnet und unter die Herrschaft des öffentlichen Rechts gestellt wird. Auch nach Art. 175 des Entwurfes der Württembergischen Verwaltungsrechtsordnung ist die Widmung ein Verwaltungsakt (vgl. besonders den Anhang zu Art. 175, S. 539 ff.). So auch van Almsick, Die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauchs, 1928, S. 49 f.: „Die Widmung ist ein sachenrechtlich rechtsschaffender Verwaltungsakt, durch den die Sache dem öffentlichen Verwaltungszweck des Gemeingebrauchs übergeben wird."

107) OVGE., Bd. 30, S. 112; RGE. i. Ziv., Bd. 48, S. 297.

108) So Schultzenstein, i. Verw.-Arch., Bd. 28, S. 169 ff.

109) So auch der Entwurf der Württ. Verw.-R.-O., im Anhang, S. 539.

110) Vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 491.

111) So OVGE., Bd. 76, S. 364 ff.

112) Vgl. Württ. Verw.-R.-O., Anhang, S. 539.

113) So RG. i. Gruch. Beitr., Bd. 57, S. 186 ff.; OVGE., Bd. 76, S. 364 ff. und Bd. 72, S. 329 ff.; Germershausen, Wegerecht, I, S. 5.

gelöst, und diese in den Kreis öffentlich-rechtlicher Bestimmungen gezogen werden: die freie Willenserklärung der Bibliotheksverwaltung, durch die das Buch in den öffentlichen Dienst und unter die Herrschaft öffentlich-rechtlicher Normen gestellt wird[114]).

§ 10. 2. Endigungstatsachen.

Auch der Endigungstatbestand für die Oeffentlichkeit des Bucheigentums kann dem tatsächlichen Geschehen angehören oder eine Willenserklärung sein.

Das öffentliche Bucheigentum endigt mit dem natürlichen Verlust der Bücher, der z. B. durch Brand- und die evtl. damit verbundenen Wasserschäden verursacht wird. Dazu kommen Bücherdiebstähle, Kriegsraub sowie durch Krieg verursachte Zerstörungen[115]).

Ebensowenig wie die Widmung trägt auch das Erlöschen der öffentlichen Eigenschaft des Bucheigentums durch Entwidmung, (Einziehung, Außerdienststellung, Kassierung[116]), den Charakter eines Verwaltungsakts oder eines obrigkeitlichen Ausspruchs[117]). Die Bibliotheksverwaltung entzieht einfach ein Buch oder mehrere ihrer Zweckbestimmung, um in einem anderen Sinne über sie zu verfügen. Diese „Willensäußerung" ist „Amtshandlung", durch welche das Buch seine Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht verliert und nunmehr der Beurteilung nach Zivilrecht unterworfen wird. Es kann diese Einziehung eine nur vorübergehende (z. B. zum Zwecke von Buchbinderarbeiten) oder auch eine dauernde sein (zum Zwecke des Verkaufes).

Die Frage, ob bürgerliche Rechtstitel die Aufhebung der öffentlichen Eigenschaft eines Bibliotheksbuches bewirken können, muß verneint werden. Insbesondere scheiden hier Zwangsvollstreckungen und Ersitzung aus. Bürgerlich-rechtliche Aufhebungsgründe sind mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Bucheigentums unvereinbar[118]). Diese Auffassung teilt auch die Lehre vom „modifizierten Privateigentum"[119]).

III. Das Wesen des öffentlichen Bucheigentums der Bibliotheken. Kritik der Gegenmeinungen.

§ 11. 1. Allgemeines.

Auf die Frage nach einem öffentlichen Eigentum ist in Theorie und Praxis keine endgültige Antwort gegeben worden. Den Mangel einer einheitlichen Grundlage für die positiv-rechtliche Regelung einzelner Materien sowie einer

114) Vgl. Giese-Neuwiem-Cahn, Dtsch. Verw. R., S. 88; zum Unterschied von Sachen des Gemeingebrauchs, bei denen die Widmung den Charakter eines rechtsgeschäftlichen Verwaltungsakts trage, werden hier auch wenigstens Sachen des Verwaltungsvermögens „einfach dadurch ihrer öffentlichen Zweckbestimmung zugeführt, daß sie vom Staat oder sonstigen öffentlichem Verbande als Stücke des Verwaltungsapparates in Gebrauch genommen werden". Daß die tatsächliche Eröffnung für den Gemeingebrauch einen wesentlichen Bestandteil der Widmung zu bilden hat, bekundet auch Fleiner (Institutionen, 1928, S. 353), indem er den Begriff Widmung gleich Indienststellung setzt.

115) Vgl. Gardthausen, Handbuch d. Bibliothekskunde, Bd. 1, S. 173 ff.

116) Vgl. Giese-Neuwiem-Cahn, Dtsch. Verw.-R., S. 89.

117) So OVGE., Bd. 39, S. 100: „So wenig wie die Verwaltungstätigkeit zur Eröffnung einer Straße eine „polizeiliche Verfügung" vorstellt, ist dies der Fall bei der „Entziehung der Eigenschaft als Landstraße". Anderer Ansicht der Entwurf der Württ. Verw.-R.-O. gemäß Art. 179 (vgl. auch Anhang, S. 559 ff.).

118) Vgl. hierzu besonders Peters, Die Ersitzbarkeit von Gegenständen aus Archiven, Bd. 24 i. Verw.-Arch., S. 175.

119) So der Entwurf der Württ. Verw.-R.-O., im Anhang, S. 559.

einheitlichen Praxis hat auch die mit dem Aufblühen der Deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft zunehmende Zentralisation nicht beseitigen können. Das Wegerecht, die einzige positiv-rechtliche Regelung, hat eine verschiedene gesetzmäßige Behandlung erfahren[120]), so daß sich die Gebiete mit deutschrechtlicher Regelung und damit privat-rechtlicher Grundlage von denen unterscheiden, die unter dem Einfluß des französischen Rechts mit seiner Lehre vom „Domaine public" ein öffentliches Eigentum anerkennen[121]). Bisher waren es Elsaß-Lothringen[122]) und sind es die preußischen Gebietsteile, in denen früher der Code civil in Kraft gewesen war, die ihre Gesetzgebung auf französischrechtlicher Grundlage aufbauten[123]).

Der theoretische Streit zwischen der mit der französischen Rechtsauffassung verbundenen Lehre vom öffentlichen Eigentum und der Gegenmeinung, die hier ein modifiziertes Privateigentum annimmt[124]), scheint m. E. noch nicht endgültig entschieden zu sein[125]).

Obwohl in der Literatur von vielen behauptet wird, Otto Mayer habe mit seiner Theorie vom öffentlichen Eigentum „eine im französischen Recht eingewurzelte und dort auf dem Rechtsinstitute des domaine public beruhende Lehre allzu mechanisch in das deutsche Verwaltungsrecht übertragen, ohne dessen Besonderheiten genügend zu würdigen", ist sie doch von ihm durchaus selbständig behandelt worden, und zwar so, daß Jèze bei seiner Verarbeitung des französichen Verwaltungsrechts sich auf Otto Mayers für das deutsche Recht vertretene Ansicht über die Voraussetzungen der Zugehörigkeit einer Sache zum öffentlichen Eigentum beruft[126]). Will man überhaupt nach dem Einfluß fremden Rechts auf Otto Mayers Auffassung in dieser Richtung suchen, dann müßte man das römische Recht mit seiner Unterscheidung zwischen res quae in pecunia (patrimonio) populi habentur und res quae in publico usu habentur viel eher heranziehen als das französische Recht[127]). Mit einer Fühlungnahme zum französischen Recht hinüber ist noch keine Wesensgleichheit verbunden[128]). Dabei fällt nicht ins Gewicht, daß nach herrschender französischer Theorie öffentliches Eigentum, wie es auf code civil Artikel 538 beruhe, kein wahres Eigentum sei, sondern nur „die auf hoheitlicher Grundlage beruhende Dispositionsgewalt, die von der öffentlichen Autorität, sei es unmittelbar vom

---

120) Erst in Thüringen ist es durch das Wegegesetz v. 24. Juli 1929 zu einer Vereinheitlichung des Wegerechts gekommen.

121) Vgl. Kisch, Elsaß-Lothringisches Landes-Privatrecht, § 67.

122) Friedrichs, Arch. öff. R., 40, 308, bestreitet öffentliches Eigentum für das preußische Wegerecht, bejaht es jedoch für Elsaß-Lothringen.

123) Vgl. von Bezold, Das pfälzische Recht der Gemeindewege, in Bl. adm. Prax., Bd. 65, S. 209; Bayr. VGH., Bd. 26, S. 241. In Anlehnung an die französische Theorie und die Lehre Otto Mayers hat das Urteil des RG. i. Ziv., v. 1. Okt. 1912, Bd. 80, S. 123, erklärt, daß in der Rheinprovinz die Uebertragung des Eigentums an einem Hafenbett einen öffentlich-rechtlichen Akt des Staats darstellt und infolgedessen nicht der Auflassung gemäß BGB., § 925, bedarf.

124) Die publizistische Lehre ist begünstigt durch die Fassung des § 25, IV, 14, ALR. So Anschütz, Im Verwaltungsarch., Bd. 5, S. 88; Rausnitz, in Gruch. Beitr., Bd. 39, S. 525; Moll, daselbst, Bd. 54, S. 352.

125) In Sachsen schloß sich die Rechtsprechung des OVG. zunächst der Lehre Otto Mayers vom öffentlichen Eigentum an (vgl. Urteil des Sächs. OVG. v. 5. Febr. 1902, Jhrb. II, S. 99). In seinem Urteil vom 2. Febr. 1910 ist jedoch das OVG. von seiner ersten Ansicht abgegangen und hat sich der herrschenden Meinung angeschlossen (Jahrb., Bd. 15, S. 175; vgl. auch Jahrb., Bd. 18, S. 216).

126) Vgl. Bühler, Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht i. Verw.-Arch., Bd. 27, S. 283 ff., S. 297.

127) Vgl. Kollath, Die Geltung der römisch-rechtlichen Grundsätze über die res extra commercium, Bresl. Diss., 1894, § 2 ff.; Pernice, Die sogenannten res communes omnium, Berl. Festg. f. Dernburg, 1900, S. 127.

128) Dem französischen Recht fehlt das Institut der öffentlich-rechtlichen Grunddienstbarkeit. Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, S. 259 ff., spricht von der auferlegten Dienstbarkeit.

Staate selbst, sei es mittelbar von den Verwaltungskörpern, im Namen und Interesse der Gesamtheit ausgeübt wird[129]). Darum wird die Ablehnung des Eigentums auch nur hergeleitet aus dem angezogenen Artikel 544, der nur privat-rechtliches Eigentum meint. Diese Dispositionsgewalt aber trägt das Wesen eines öffentlich-rechtlichen Eigentums.

§ 12. 2. Absolutes Eigentum.

Der Begriff des Eigentums als „die rechtliche Herrschaft einer Person über die Sache in der Totalität ihrer Beziehungen" widerspricht der Mayerschen Lehre nicht und muß ihr sogar zu Grunde gelegt werden[130]). Wenn darum gegen die Möglichkeit des öffentlichen Eigentums eingewendet wird[131]), es bleibe ein ungelöstes Rätsel, „wie sich das Privateigentum bei Widmung der öffentlichen Sache ohne besondere gesetzliche Vorschrift aus einem privatrechtlichen Institut in ein solches des öffentlichen Rechts verwandelt, und wie umgekehrt bei der Einziehung der öffentlichen Sache das öffentliche Eigentum ohne weiteres wieder zu einem Bestandteil des Privatrechts wird", denn das Eigentum sei doch „seinem Wesen und Inhalt nach ein einheitliches und unwandelbares Recht"[132]), so ist der Satz richtig in seiner Beziehung auf einen bestimmten Rechtskomplex. Oeffentliches und Privateigentum sind nicht wesensverschieden. Eigentum ist nicht lediglich Privatrecht, sondern ein Oberbegriff des allgemeinen Rechtssystems. Oeffentliches Eigentum ist „wirkliches" Eigentum, dieselbe umfassende Macht über die Sache wie die des Privateigentums. Es wird daher im Wesen und Inhalt durch Widmung und Einziehung nicht verändert. Darum kann in Widmung und Einziehung Eigentumsverlust oder -erwerb für den Eigentumsträger nicht gesehen werden. Otto Mayer drückt das mit dem Satz aus „Die öffentliche Sache will öffentliches Eigentum sein". Ursprünglich steht die Sache außerhalb jeder Beziehung. Mit der Begründung von Eigentum an ihr tritt sie in eine tatsächliche Verbindung zu ihrem Inhaber, dem Eigentümer, und wird zum Rechtsobjekt, wenn nunmehr ihr Beherrscher mit anderen Rechtssubjekten rechtliche Beziehungen eingeht. Dann steht die Sache in privatrechtlichem Eigentum, wenn diese Rechtsbeziehungen sich auf der Grundlage des Privatrechts — also bei Gleichwertigkeit der beteiligten Personen — abspielen, und öffentlich-rechtliches Eigentum, „wo alle durch das gleichstellende Privatrecht geordneten Erwerbe und Einwirkungen Dritter dem Herrn der Sache gegenüber ausgeschlossen und dafür seine einseitigen Verfügungen und Verleihungen und Gewährungen allein maßgebend sind, der Rechtsschutz aber von ihm gehandhabt wird einseitig durch seine Selbsthilfe"[133]).

Da das Zivilrecht für diese Betrachtungsweise den Ausgangspunkt nicht bilden darf[134]), führt es zu Zweifeln, wenn Otto Mayer von einer Umdeutung des zivil-rechtlichen Eigentums in öffentlich-rechtliches spricht und Frie-

---

129) Vgl. van Calker, Grundzüge des Dtsch. Verwaltungsrechts, 1929, S. 47.

130) Vgl. Stier-Somlo, Rechtsstaat, Verwaltung und Eigentum, i. Verw.-Arch., Bd. 30, S. 143: „Ist es auch die höchste Herrschaft des einzelnen über die Sache, so ist auch dieser Begriff des ‚höchsten' relativ."

131) Vgl. Sächs. OVG. in seiner Entscheidung v. 9. Februar 1910, Jahrb., Bd. 15, S. 175 ff., insbesondere S. 196, 198; Bekker, System des Pandektenrechts, S. 335.

132) Vgl. auch Laue, Der Rechtscharakter des Gemeingebrauchs am Meeresstrande, Verw.-Arch., Bd. 34, S. 435.

133) Vgl. dazu Behr, Oeffentl. Grund u. Staatsgrund im Hamburgischen Verw.-R., Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift, 1930, Abt. A, 3. Heft, S. 139.

134) Anders Vossen, Ueber das Grenzgebiet zwischen „Enteignung" und polizeilichem Eingriff ins Privateigentum, Arch. öff. R., Bd. 22, S. 255: „Mangels eines zwingenden Grundes für eine Unterscheidung zwischen dem privatrechtlichen Eigentumsbegriff und dem öffentlich-rechtlichen werden beide auf der zivilrechtlichen Basis zusammenfallen."

drichs[135]) auf die Tatsache hinweist, daß das öffentliche Recht[136]) unter gewissen Voraussetzungen einen Nichteigentümer wie einen Eigentümer und einen Eigentümer wie einen Nichteigentümer behandeln und daher einen besonderen Begriff des Eigentums im Sinne des öffentlichen Rechts schaffen kann[137]). Eine Zweiteilung des Eigentumsbegriffs ist logisch undenkbar. Er ist eine einheitlich geschlossener Gedanke, der erst in Anwendung auf bestimmte Tatbestände verschiedene Erscheinungsformen annimmt[138]).

§ 13. 3. Öffentlich-rechtliches Bucheigentum.

Sobald ein Buch durch die Widmung dem öffentlichen Zweck der Benutzung zugänglich gemacht wird, unterliegt es der Rechtsordnung des öffentlichen Eigentums. Das öffentliche Bucheigentum wird zum öffentlich-rechtlichen Eigentum[139]), darf daher nach Indienststellung des Buches nicht als Privateigentum der Träger öffentlicher Gewalt angesehen werden; denn durch die Indienststellung oder Widmung wurde ja das Bucheigentum dem Privatrecht entzogen und unter das öffentliche Recht gestellt. Nunmehr vollziehen sich sämtliche Verkehrshandlungen nach Ausschluß von Formen und Bedingungen des Privatrechts grundsätzlich im Rahmen öffentlich-rechtlicher Bestimmungen. Der Herr der öffentlichen Sache kann kraft seines öffentlich-rechtlichen Eigentums wie ein Privateigentümer über sie verfügen[140]). So ist zwar eine Veräußerung der Bücher möglich, ohne daß indessen die Rechtsinstitute des Privatrechts anwendbar sind, d. h. unter dem Gesichtspunkt einer sogenannten „Verwaltungsverschiebung", wenn es sich z. B. um den erwähnten Austauschverkehr zwischen zwei öffentlichen Bibliotheken, um ein „vertragliches" Zusammenwirken im Hinblick auf den Zweck, um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag (ähnlich bei den Zweckgemeinschaften[141]) handelt, d. h. daß der Empfänger befähigt sein muß, wie der Entäußernde öffentliche Verwaltung zu betreiben. Andernfalls fällt eine solche Entäußerung unter den Begriff der Einziehung. Privatrechtliche Rechtsgeschäfte können nur dann vorgenommen werden, wenn auch die Verwaltungsträger als Privatpersonen auftreten: also beim Erwerb von Büchern, Handschriften, Zeitschriften usw., bei Herstellungsarbeiten und Verträgen mit Buchbindern und Verlegern. Von der Privatrechtslehre wird aber auch die Möglichkeit der Veräußerung nach privaten Regeln bejaht. Folglich würde, wie eine Veräußerung zwischen zwei Personen des öffentlichen Rechts möglich ist, auch eine solche an den nach privatem

---

135) Im Arch. öff. R., Bd. 40, S. 284.

136) So das Steuerrecht, im § 80 der Reichsabgaben-Ordnung. Vgl. auch die Ausführungen von Bühler, Steuerrecht, 1927, S. 243.

137) Gemeint ist hier wirtschaftliches Eigentum im Sinne des Steuerrechts. Vgl. Bühler, Steuerrecht, 1927, S. 243: „Nach den sachen-rechtlichen Vorschriften des BGB., nach welchen für vollwirksamen Eigentumserwerb in der Regel nicht nur tatsächliche Verfügung über die Sache, sondern Erlangung derselben in einer bestimmten Rechtsform nötig ist, ergibt es sich nicht selten, daß formeller Eigentümer einer Sache ein anderer ist als derjenige, der tatsächlich die wirtschaftlichen Wirkungen des Eigentums genießt. Es ist einleuchtend, . . . daß die Steuergesetze in solchen Fällen von der formalrechtlichen Regelung abgehen und sich an den halten müssen, der, wenn auch ohne rechtliche Legitimation, doch wirtschaftlich den Tatbestand erfüllt, an den das Gesetz die Steuer knüpft, daß also auch auf diesem Gebiet das Steuerrecht sich von den Begriffen des bürgerlichen Rechts unter Umständen frei machen muß."

138) Vgl. Holstein, Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, Oeffentlich-rechtliche Abhandlungen, 1921, 1—3, S. 88.

139) Vgl. List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 86 ff.

140) Vgl. Herrnritt, Oesterreichisches Verwaltungsrecht, 1925, S. 57.

141) Vgl. Neuwiem, Die kommunalen Zweckverbände in Preußen, 1919, S. 22 ff. und die Ausführungen von Laue, Der Rechtscharakter des Gemeingebrauchs am Merresstrande, Verw.-Arch., Bd. 34, S. 433 f.

Recht auftretenden Untertanen nicht unmöglich sein, ein Vorgang, der nicht im Interesse des öffentlichen Zweckes liegen kann[142]). Deshalb muß vom öffentlich-rechtlichen Standpunkt aus eine private Veräußerung an beliebige Dritte abgelehnt werden, solange das Buch ein öffentliches ist. Nach dem von List[143]) zitierten Fall ist es jedoch möglich, daß eine privat-rechtliche Einzel- oder Privatperson einer öffentlichen Bibliothek eine Büchersammlung unter Eigentumsvorbehalt zu Besitz und zum Zwecke der Zugänglichmachung für die Oeffentlichkeit überträgt. Das dadurch begründete Recht der Bibliothek ist naturgemäß öffentlich-rechtlicher Natur, weil es zur Führung öffentlicher Verwaltung verpflichtet. Es gehört aber nur diese öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit dem öffentlichen Recht an, während privates Eigentum und andere Rechte Dritter bestehen bleiben, und Streitigkeiten über ihren rechtlichen Bestand vor die ordentlichen Gerichte gehören. Praktisch aber sind sie in ihrer Verwertbarkeit und ihrer Entfaltung gegenüber dem öffentlichen Zweck gehemmt[144]).

Dagegen sind ausgeschlossen die Zwangsvollstreckung in Bücher, wenn sie zur Befriedigung von Ansprüchen aus Privatverträgen erfolgen soll[145]), Eigentumsbeschränkungen und Ersitzung[146]). So enthält der § 581 I 9 ALR. die Vorschrift, daß, wenn eine Sache durch Gesetze dem bürgerlichen Verkehr ganz entzogen worden ist, sie durch keine Verjährung erworben werden kann. Es ist die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes auf den Fall erwerbender Verjährung, der in den §§ 3 und 4 I ALR. ausgesprochen wird. Nach diesen Vorschriften muß sogar den Trägern öffentlicher Gewalt Eigentum an den öffentlichen Sachen zustehen. Dieses Eigentum muß aber dann, weil der Grund für die Ausschließung der Privatpersonen von seinem Erwerbe im öffentlichen Recht ruht, ein solches öffentlich-rechtlicher Natur in dem erörterten Sinne sein: dessen Inhalt und Umfang von öffentlich-rechtlichen Normen eindeutig bestimmt wird.

Damit wird durchaus nicht eine Forderung an den Gesetzgeber gestellt, da das öffentliche Bucheigentum ein Bestandteil der positiven Rechtsordnung i s t. Dabei kann nicht maßgebend sein, an welcher Stelle des geschriebenen Rechts sich die einschlägigen Vorschriften finden, weil Inhalt und innere Natur derselben über ihre Zugehörigkeit zu der einen oder anderen Rechtsmaterie entscheiden, auch nicht, ob sich eine Bestimmung im materiellen oder formellen Recht findet. „Handelt es sich doch hier um ein an der Grenze zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht liegendes Feld, bei dessen Betrachtung die Klärung der Rechtsanschauungen in besonders hohem Maße von den Fortschritten der Wissenschaft abhängig ist."

Oeffentliches Eigentum ist der Begriff für eine Summe bestimmter Rechtsbeziehungen. Ist sein Inhalt bestimmt, dann kann auch der Ausdruck „öffent-

142) Vgl. Behr, Oeffentlicher Grund und Staatsgrund, Hanseat. Rechts- u. Ger.-Ztschr., 1930, Abt. A, 3. Heft, S. 140: „Ebensosehr wie die Staatsbelange erfordern die Interessen der Allgemeinheit den Ausschluß des bürgerlichen Rechts."

143) Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 92.

144) Die mit einer öffentlichen Grunddienstbarkeit begründeten Gebrauchsrechte Dritter fallen unter die öffentliche Rechtsordnung und leben weiter als Gemeingebrauch, Gebrauchserlaubnis und verliehene öffentliche Nutzung. Vgl. den Entwurf der Württ. Verw.,R.-O., Art. 180, 185 und 186, insbes. den Anhang zu Art. 176, S. 548, Ziff. 4; dazu Hofacker, Verw.-Rechtsordnung f. Württemberg, 1931, S. 34 ff.

145) „Die mit dauernder Schließung einer Volksbibliothek verbundene Pfändung des Bücherbestandes ist unwirksam"; vgl. Hatschek, Lehrbuch des Dtsch. und Preuß. Verwaltungsrechts, 1927, S. 434; Fleiner, Institutionen, S 362. Ueber die Unantastbarkeit des Verwaltungsvermögens bei der Zwangsvollstreckung durch die Kommunalaufsichtsbehörde gemäß Zuständigkeitsgesetz, § 17, 4; § 33, 4; Zweckverbandsgesetz v. 19. August 1911, § 22; Landgem.-O., östl., § 121, 3; Kreis-O., östl., § 55 b 1; vgl. Friedrichs, Das Recht der öffentl. Gewalt, 1930, S. 12.

146) Vgl. Peters, Die Ersitzbarkeit von Gegenständen aus Archiven, Verw.-Arch., Bd. 24.

liches Eigentum“ nicht unrichtig sein. Natürlich dürfen Rechtsinstitute wie das Privateigentum nicht zu Richtpunkten genommen werden.

Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Gewalt als Eigentümer der öffentlichen Sachen haben die umfassende rechtliche Macht daran, die Einwirkungen anderer verbietet. Nicht von Belang ist, ob diese Macht ein Integrum des Eigentums als solchem oder der öffentlichen Verwaltung ist, sondern von rechtlicher Bedeutung wird sie erst in ihrer Anwendung auf bestimmte Rechtsverhältnisse. Dabei ist die subjektive Absicht des beteiligten Rechtsträgers, ob er oder das für ihn handelnde Organ nach privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Bestimmungen auftreten will, nicht maßgebend.

Ist also in einem Rechtsverhältnis ein Träger öffentlicher Gewalt in dieser seiner Eigenschaft beteiligt, dann ist es öffentlich-rechtlicher Natur, privatrechtlich aber nur dann zu beurteilen, wenn jener als Privatperson auftritt. Das Merkmal der Oeffentlichrechtlichkeit eines Rechtsverhältnisses ist der öffentlichen Verwaltung eigentümlich. Rechtlich wirksam wird nicht, was der Träger öffentlicher Gewalt kraft Eigentums, sondern, was er kraft seiner Eigenschaft als verwaltende Hoheitsperson vornimmt, d. h., auf die Rechtsbeziehungen der Bibliotheken zu ihren Benutzern angewendet: daß die Bibliotheksverwaltung den Bibliotheksbenutzern gegenübertritt als Behörde auf der Grundlage rechtlicher Ungleichheit, im Ueberordnungs- oder Gewaltverhältnis.

Hier also tritt das Privatrecht vollkommen zurück. Es entsteht höchstens eine Anwartschaft bis zu dem Zeitpunkt, wo das Buch wieder eingezogen wird. Den Begriff des Eigentums lediglich als eine Erscheinungsform des Privatrechts ansehen zu wollen, würde eine Fiktion bedeuten, die in das Gewaltverhältnis privatrechtlicher Bestandteile hineinbringt, die rechtlich und tatsächlich nicht darin vorhanden sind. Daher kann bei Würdigung des öffentlichen Rechtssystems die Behauptung der publizistischen Theorie, das Privateigentum des Staates sei durch die öffentliche Zweckbestimmung so beschränkt, daß es sich nicht entfalten könne, nicht als haltbar gelten.

Das Rechtsverhältnis ist im öffentlichen Recht fest verankert, so daß „das öffentliche Eigentum“ nur die richtige Form dafür abgeben kann. Die Existenz öffentlichen Eigentums verbietet keine Rechtsnorm, auch nicht Gewohnheitsrecht und Rechtsübung[147]). Die Ablehnung des öffentlichen Eigentums durch die Rechtsprechung im formellen Sinn entspricht durchaus nicht immer ihrer materiellen Stellungnahme. Beweis gewohnheitsrechtlicher Uebung ist bei Erkenntnissen nur der Rechtsspruch, nicht die ihm vorangegangenen subjektiven Erörterungen. „Rechtsausführungen gerichtlicher Erkenntnisse, mögen sie noch so sehr den Willen grundsätzlicher Stellungnahme in sich tragen, bekunden nur, wie der Richter über die Sache gedacht, nicht wie er Recht gesprochen hat“[148]). Zur Entstehung des Gewohnheitsrechts gehört aber letzteres[149]). Daher ist die Entscheidung des Sächsischen OVG., Jahrb. Bd. 15, S. 175 ff. nicht als gewohnheitsrechtliche Verneinung des öffentlichen Eigentums anzusehen, weil sie trotz grundsätzlicher Annahme lediglich eines Privateigentums an der öffentlichen Sache doch die Wirksamkeit dieses Privateigentums derart verneint, daß sie nur als Beleg der öffentlich-rechtlichen Auffassung gelten kann.

Das öffentliche Eigentum erfaßt das gesamte Rechtsverhältnis einheitlich. Es ist notwendig, die Gesamtheit der aus dem öffentlichen Rechtsverhältnis sich ergebenden Rechtsbeziehungen aus der besonderen Eigenart dieses Rechtsverhältnisses herauszustellen: auf der einen Seite steht das unwandelbare Sub-

147) Anders Fleiner, Institutionen. III. Aufl., S. 332.
148) Vgl. Schelcher, Fisch. Ztschr., Bd. 48, S. 345 ff.
149) Vgl. Neuwiem, Die kommunalen Zweckverbände, 1919, S. 147.

jekt, der Staat als Träger des Gewaltverhältnisses, auf der anderen das Objekt in seiner Beziehung zu diesem. Das Rechtsverhältnis ist geschlossen und unteilbar durch gleichzeitige Anwendung von sowohl privatrechtlichen als auch öffentlich-rechtlichen Grundsätzen. Das öffentliche Bucheigentum ist öffentlich-rechtliches Bucheigentum.

§ 14. 4. Kritik der Gegenmeinungen.

a) Zur Lehre vom „modifizierten Privateigentum".

Begründer und Vorläufer dieser Lehre sind Rüttimann und Dernburg. Ersterer behauptet[150]), daß dem Staat Privateigentum an der Sache erhalten bleibe, auch wenn sie eine öffentliche geworden sei. Aber sein Eigentumsrecht sei nunmehr beschränkt und gebunden durch den bestimmungsgemäßen Zweck der Sache. Zur Geltung käme es erst wieder, sobald der öffentliche Zweck der Sache aufhöre („latentes, schlummerndes Eigentum"). Darum sei der Herr der Sache der Fiskus, dem privatrechtliches Eigentum mit publizistischen Beschränkungen an den öffentlichen Sachen zustehe[151]).

Dernburg[152]) weicht insofern ab, als er dem Staat zwar ebenfalls ein Eigentum an den öffentlichen Sachen zuschreibt, ein Eigentum, das jedoch besonders geartet sei, nicht wegen der Beschränkungen öffentlich-rechtlicher Art, sondern weil es aus sich selbst heraus anders gestaltet sei als das gewöhnliche Eigentum. Die Rechtsstellung des Staates sei hier „über die eines gewöhnlichen Eigentümers hinaus erhoben", er hat „sein Recht als ein unveränderliches, unantastbares erklärt und diese Sachen außerhalb des Vermögensverkehrs gestellt.". Trotzdem aber läßt Dernburg noch Bindungen an das Privatrecht übrig[153]).

Auch von den Vertretern dieser Theorie ist nicht behauptet worden, daß das Eigentum an den öffentlichen Sachen das gewöhnliche Eigentum des Privatrechts sei. Und wenn Dernburg[154]) annimmt, daß die öffentlichen Sachen einem Sonderrecht unterliegen, das sie außerhalb des Privatrechts stellt, so ist es begreiflich, daß Otto Mayer ihn als Vertreter der Lehre vom öffentlichen Eigentum und damit als Vorläufer Eiseles betrachtet[155]).

Dernburg allerdings erblickt in Eiseles Lehre[156]) einen Rückfall in Kellers Theorie des bloßen Hoheitsrechts[157]). Die Meinungsverschiedenheit scheint hiernach in der Frage zu bestehen, ob die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen oder die dingliche Herrschaft des Staates über die Sachen in den Vorder-

---

150) Vgl. Gutachten betr. die Rechte, welche dem Kanton Basel-Landschaft an den die Stadt Basel umgebenden Festungswerken zustehen; sowie den Nachtrag und Erwiderung auf Prof. v. Keller, 1850.

151) Vgl. Helfritz, Der Merresstrand im Preußischen öffentlichen Recht der Gegenwart. Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, Festg., 1925, S. 83: Meeresstrand ist Privateigentum des Fiskus. Ebenso Laue, Der Rechtscharakter des Gemeingebrauchs am Meeresstrande. Verw.-Arch., Bd. 34, S. 326.

152) Vgl. Rechtsgutachten über den Streit bezüglich der Festungswerke bei der Stadt Basel, 1862.

153) Vgl. auch Fleiner, Institutionen, S. 359: „Trotzdem bleibt für die Entfaltung des Privatrechts noch ein weiter Raum." G. Jellinek, Allg. Staatslehre, 1905, S. 386, derselbe, Syst. d. subj. öff. R., S. 72, derselbe, i. Verw.-Arch., Bd. 5, S. 311; Lassar, Grundbegriffe des pr. Wegerechts, 1919; Anschütz, Verw.-Arch., Bd. 5, S. 88; Kaufmann, bei Stengel-Fleischmann, III, S. 707, § 20; Moll, Gruch. Beitr., Bd. 54, S. 352; Schelcher, Fisch. Ztschr., Bd. 31, S. 55.

154) Pandekten, § 71.

155) Deutsch. Verwaltungsrecht, II, § 35, Nr. 13.

156) Vgl. Eisele über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu, 1873.

157) Vgl. Pandekten, § 71, Nr. 6, dazu v. Keller, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel nach deren gegenwärtigem Rechtsverhältnisse betreffend, 1861.

grund zu stellen sind[158]). Wird auch diese dingliche Herrschaft als öffentlich-rechtliche anerkannt, so entsteht das öffentliche Eigentum im Sinne der Lehre von Eisele und Otto Mayer. Wenn Jellinek[159]) sagt, es sei in der Auffassung Otto Mayers kein klarer Gegensatz zum privatrechtlichen Eigentum enthalten, und das öffentliche Eigentum sei nur eine Unterart des privatrechtlichen Eigentums dann verkennt er die Möglichkeit der Annahme eines absoluten Eigentums, von dem bereits die Rede war. Von dort aus aber führt ein Weg zur privatrechtlichen Beurteilung, der andere zur öffentlich-rechtlichen Beurteilung des „Eigentums". Darum sind beide Institute zwar nicht Unterarten ihres gemeinsamen Oberbegriffs — denn eine Teilung ist ja nicht möglich —, wohl aber können sie in ihrer Anwendung auf verschiedene Tatbestände ebenso verschiedene Erscheinungsformen annehmen und sind dann tatsächlich etwas Gegensätzliches, nicht im Hinblick auf den behaupteten Unterschied ihrer Wesensarten, sondern bezüglich dessen der Rechtsverhältnisse, auf die der Begriff Eigentum angewendet wird.

Für die Anwendung des bürgerlichen Rechts auf öffentliche Sachen im allgemeinen, besonders aber auf öffentliche Wege, welche den Hauptgegenstand der theoretischen Streitigkeiten ausmachen, bleibt kein Raum, wenn man den § 581 I 9 ALR. und den § 90 GBO. heranzieht[160]). Ersterer verbietet die Ersitzung von öffentlichen Sachen, wenn sie dem bürgerlichen Recht entzogen sind, letzterer sieht für die reinen öffentlichen Sachen sowie für alle Grundstücke des Fiskus und der öffentlichen Korporationen die Befreiung vom Buchungszwange vor[161]). Insofern ist der § 90 GBO. nicht von Belang, ebensowenig wie andere Vorbehalte des BGB. Das Sächsische Oberverwaltungsgericht ist aber in seinen Entscheidungen zu wichtigen Folgerungen gelangt: Schadensersatzansprüche des Staates gegen den Beschädiger einer Straße oder des Bürgers gegen den Staat wegen mangelhafter Straßenunterhaltung gehören grundsätzlich vor die bürgerlichen Gerichte, wenn man Privateigentum an der Straße annimmt. Diese Forderung verliert ihre Grundlage, wenn man die besondere Stellung und Ausgestaltung des Deliktsrechts im BGB. bedenkt, auch bezüglich der schuldhaften Verletzung von Rechten und Pflichten, die öffentlich-rechtlicher Natur sind. „So kann auch schuldhafte Verletzung der Pflichten zur Unterhaltung des öffentlichen Eigentums und andererseits rechtswidrige Schädigung des öffentlichen Eigentums — das unter die ‚anderen' Rechte von § 823 BGB. fällt — unter die zivilrechtlichen Bestimmungen fallen, ohne daß deshalb die Natur dieser Eigentumsrechte selbst auch privatrechtlich sein müßte."

---

153) Hatschek, Lehrbuch des Dtsch. und Preuß. Verwaltungsrechts, 1927, S. 435, ist darum gegen die Lehre Otto Mayers, weil dieser den dem Deutschen Recht eigentümlichen Gegensatz von imperium und dominium übersehe. Vgl. auch die Unterscheidung bei van Calker, Grundzüge des Deutsch. Verwaltungsrechts, 1929, S. 47.

159) Im Verw.-Arch., Bd. 5, S. 311.

160) van Almsick, Die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauchs, 1928, S. 4, lehnt zwar die Theorie Otto Mayers ab, gibt aber auch zu, daß man ihm in den Fällen folgen muß, „wo ausnahmsweise positive Gesetzesbestimmungen aussprechen, daß private Eigentumsrechte an gewissen öffentlichen Sachen nicht bestehen".

161) Vgl. Behr, Oeffentlicher Grund und Staatsgrund, Hanseat. Rechts- u. Gerichts-Ztschr., 1930, Abt. A, 3. Heft, S. 137. Das Hamburgische Bebauungsplangesetz v. 31. Okt. 1923 unterscheidet öffentliche Straßen, die auf öffentlichem Grunde liegen, von Privatstraßen auf Privatgrund, die öffentlich-rechtlich beschwert mit der Dienstbarkeit des öffentlichen Verkehrs (via publica), nur im polizeilichen Sinne der Straßenordnung als öffentliche Straßen gelten können (§§ 15 ff.); vgl. § 2 der Straßenordnung v. 7. Juli 1902, GS., I, S. 62. Sobald die Privatstraße vom Staat übernommen wird, wird sie öffentlicher Grund, und wird der Straßengrund aus dem Grundbuche ausgeschieden; vgl. § 21: „Es ist bezeichnend und rechtlich bedeutsam, daß privater Grund, auch wenn er dem Staate gehört, beim Uebergang in den Gemeingebrauch ‚zum öffentlichen Grunde getilgt' und aus dem Grundbuch ausgeschieden wird." Das Grundbuch ist bestimmt, Eigentum und Rechtsverhältnisse des bürgerlichen Rechts zu beurkunden. „Deshalb gehört der öffentliche Grund, der verkehrsunfähig und Staatsgut im Sinne des öffentlichen Rechts ist, nicht ins Grundbuch."

Hier verliert die Streitfrage nur einen Teil ihrer Bedeutung. Indessen hat bei der Frage nach der Art der Uebertragung der öffentlichen Sachen, wenn sie in den öffentlichen Verkehr gezogen sind, das Reichsgericht[162]) einen dem Otto Mayers entsprechenden Standpunkt eingenommen, indem es privatrechtliches Eigentum des Staates am Flußbette leugnet[163]) und ein Eigentum desselben annimmt, das ohne Auflassung übertragen werden könne. Mit dieser Entscheidung wird grundsätzlich verneint, daß das BGB. ein positiv-rechtliches Hindernis für die Anerkennung öffentlichen Eigentums ist[164]).

Stammler[165]) meint, gerade diese Gründe bezögen sich nur auf äußerliche Einzelheiten. Es handele sich nur um allgemeines Landrecht. Daher könne es auch anders geregelt sein, ohne daß an der Frage etwas geändert würde. Zu einem Rechtsbegriff der „res publicae" müsse man erst über das Merkmal der Widmung der fraglichen Sache zum öffentlichen Gebrauch kommen. Er stellt dann auf den im öffentlichen Gebrauch liegenden Zweck und die Pflicht der Verwaltung, ihn herbeizuführen, ab. Mit ihm stimmt Schelcher überein[166]), wenn er sagt, das Privateigentum gäbe seinem Träger Befugnisse, das öffentliche Eigentum sei nur auf Pflicht gegründet. Insofern behaupten beide dasselbe wie Otto Mayer, der ebenfalls eine Pflicht des Trägers öffentlicher Gewalt zur Indienststellung öffentlicher Sachen fordert. Diese Pflichtherrschaft ist aber m. E. nicht identisch mit dem öffentlichen Eigentum in seiner Eigenschaft als Erscheinungsform des besonderen Gewaltverhältnisses. Das Kriterium liegt nicht in der Zwecksetzung, sondern in dem besonderen Charakter des Rechtsverhältnisses, in dem das öffentliche Eigentum steht. Darum muß das Moment der öffentlichen Zweckbestimmung als Merkmal des Begriffes vom öffentlichen Eigentum eliminiert werden, weil Erwägungen der Gemeinnützigkeit nicht in eine juristische Begriffsbildung hineingehören, wo sie nur Leitgedanken für den Grundsatz gesetzmäßiger Verwaltung sein können.

b) Zur Lehre vom öffentlichen Eigentum als Hoheitsrecht des Staates.

Die dem Staat zustehende Herrschaft stelle sich dar als ein Recht, das „zu den Souveränitätsrechten gehöre und insbesondere einen Bestandteil seiner Polizeigewalt ausmache"[167]), oder wie Keller sagt, als „das Hoheits- und Polizeirecht, welches nach der wohl richtigeren Meinung ihm (dem Staat) allein zusteht, einerseits alle Befugnisse des Eigentums in sich schließt, andererseits aber gegen alle jene Gefahren (die Servitutenersitzung usw.) gepanzert ist". Ein Recht a n der Sache wird also geleugnet und dafür ein Recht „ü b e r d e r S a c h e" anerkannt. Jhering geht weiter, indem er die Unzugänglichkeit der öffentlichen Sachen für jedes Recht, so auch für das Eigentum, aus dem Gemeingebrauch selbst herleitet: der Gemeingebrauch ist Herr der Sache. Gegenüber diesem hat der Staat als Vertreter der öffentlichen Interessen kein Recht, sondern die Pflicht der Aufsicht und Ueberwachung[168]).

Friedrichs[169]) stellt drei Gruppen rechtlicher Befugnisse des öffentlichen

---

162) Vgl. RGE. i. Ziv., Bd. 80, S. 123.

163) Das Württ. Wassergesetz v. 1. Dezember 1900 erkennt ein Privateigentum an den Wasserläufen nicht an; vgl. Art. 1. Abs. 1 und Art. 7.

164) So RGE. i. Ziv., Bd. 91, S. 89, für Flüsse im Gebiet des Rheinischen Rechts. RGE. i. Ziv., Ztschr. f. französisches Zivilrecht, Bd. 24, S. 72; Rheinisch Arch., Bd. 107, S. 375; Seuff. Arch., Bd. 65, Nr. 241. Anders RGE. i. Ziv., Bd. 10, S. 271; Bd. 94, S. 35 und Bd. 131, S. 264 ff., öffentliche Wege in dem franz.-rechtlichen Teile der Rheinprovinz betreffend.

165) In Gruch. Beitr., Bd. 70, S. 129 ff.

166) In Fisch. Ztschr., Bd. 48, S. 388.

167) Vgl. auch van Calker, Grundzüge des dtsch. Verw.-R., S. 47.

168) Vgl. Gutachten, S. 38 ff.

169) Im Arch. öff. R., Bd. 40, S. 257, und Gruch. Beitr., Bd. 62, S. 470.

Eigentums heraus: 1. die tatsächliche Verfügung, 2. Abwehr gegen Dritte, 3. Veräußerung und Belastung. Was die Verfügung über die Sache anbelangt, so unterliege sie innerhalb der Rechtsordnung überall Beschränkungen, und das träfe auch auf das öffentliche Eigentum Otto Mayers zu; und zwar wäre der Eigentümer einer öffentlichen Sache, sofern er zu ihrer Erhaltung verpflichtet ist, öffentlich-rechtlich verpflichtet, sie in einem dem Verkehr entsprechenden Zustand zu halten. Wenn Friedrichs dabei auf das für die Kosten aufzukommende Subjekt gegenüber der Verwaltung hinweisen will, dann ist ihm die Verschiedenheit des Rechtsgrundes der Pflicht entgegenzuhalten. Daß nach Friedrichs an einem öffentlichen Wege Rechte Dritter bestehen könnten, auch solche, die vor seiner Oeffentlichkeit bestanden hätten, wird auch von Otto Mayer nicht bestritten, denn die Widmung besitzt nach seiner Lehre keine rechtstilgende Kraft. Eine Bestellung neuer Rechte, wie sie Friedrichs begrifflich für möglich hält, wird aber verhindert durch die dazwischentretende Unveräußerlichkeit der öffentlichen Sache, die an sich „dem Fortbestand älterer Rechte natürlich nicht hinderlich war".

Nach Otto Mayer findet die öffentliche Sache ihren Rechtsschutz in Form der Polizei. Darauf erwidert Friedrichs, die Wegepolizei sei mit dem Wegeeigentum und der Wegebaupflicht nicht mehr vereinigt, d. h. in Preußen, und es gäbe hier keinen einheitlichen Wegeherrn, der wie in Württemberg jede Störung durch obrigkeitliche Gewalt abwenden könnte. Einen Wegeherrn in diesem Sinne gibt es nach Otto Mayer doch, und zwar „als das Subjekt des Stückes öffentlicher Verwaltung, das durch den Weg geführt wird, dem dieser Weg zugehört als sein Unternehmen, seine öffentliche Anstalt . . . die Ortsgemeinde, der Kreis, die Provinz." Und wenn auch dem Wegeherrn gemäß dem preußischen Grundsatz, der die Polizeigewalt als staatliche Angelegenheit auffaßt, die Polizei der öffentlichen Sache nur im übertragenen Sinne zusteht, so widerspricht das nicht der Tatsache, daß seine öffentliche Sache unter diesem Schutze weilt. Gilt nach Friedrichs der Polizeischutz nicht dem Eigentum, sondern nur dem öffentlichen Verkehr, dann wird dadurch die Behauptung, daß der öffentliche Verkehr durch den Schutz der ihm dienenden Sache mitgeschützt wird, nicht entkräftet. Im übrigen ist auch auf die Zuständigkeit der Zivilgerichte, die Otto Mayer durchaus nicht leugnet, hinzuweisen.

Was die Entgegnungen Friedrichs bezüglich der Frage der Veräußerlichkeit anbelangen, so erklärt sich Otto Mayer[170]) mit ihnen einverstanden, wenn er sagt: „Einen rechtlichen Unterschied macht das Bestehen oder Nichtbestehen eines öffentlichen Weges für das betreffende Grundstück doch auch nach dem Verfasser, mag er das eine Beschränkung des Eigentums nennen oder eine Belastung mit dem Gemeingebrauch."

Friedrichs behauptet also das „subjektlose Recht". Oeffentliche Sachen können m. E. aber nicht herrenlose Sachen sein. Wenn sie als der Staatshoheit unterliegend hingestellt werden, dann wird der Gedanke der „Rechtshoheit" verkannt[171]), denn er ist Grundbegriff jeder rechtlichen Vorstellung.

---

170) Im Arch. öff. R., Bd. 39, S. 77.

171) In der Staatslehre ist die Ansicht vom Staate als etwas Uebergeordnetem vorherrschend. Das Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinen Untertanen ist das zwischen Herrscher und Beherrschten. Mit dieser Auffassung wird es schwierig, den Staat gleichzeitig als Obrigkeit und Untertan zu erfassen. In jüngster Zeit ist die Kelsensche Lehre (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, § 226) verbreitet, die die Staatsautorität als etwas Außerjuristisches, Soziologisches darstellt; der Rechtssatz als Befehl, die Bezeichnung des Verhältnisses zwischen Staat und den anderen Rechtssubjekten als Unterordnungsverhältnis, sei Ergebnis einer unjuristischen Betrachtungsweise. Darum behauptet Kelsen die rechtliche Gleichordnung des Staates gegenüber den Untertanen: er ist a u c h Rechtsperson. M. E. ist es durchaus möglich, auch wenn der Staat innerhalb der Rechtsordnung steht, von einem Ueber- und Unterordnungsverhältnis zu sprechen und den Staat selbst entgegen der Kelsenschen Lehre als befehlende Autorität zu bezeichnen.

Will man die öffentlichen Sachen nur als solche anerkennen, die lediglich der staatlichen Hoheit unterständen, so vermag das die einzelnen rechtlichen Erscheinungen nicht widerspruchslos zu erklären und einheitlich zu bestimmen. Wenn eine Sache im Eigentum jemandes steht, dann ist zu beachten, in welcher Richtung die Frage des Eigentums in diesem Zusammenhange auftritt.

c) Zur Lehre vom doppelten Eigentum der Personen des privaten und öffentlichen Rechts.

Ist nach Layer[172]) die Sache der unmittelbaren Befriedigung öffentlicher, „sozialer" Interessen rechtlich gewidmet, dient sie direkt einem öffentlichen Zweck, so ist damit „soziales" Eigentum gemeint. Fehle es aber an dieser Voraussetzung, so läge Privateigentum vor, zu dem vor allem auch das fiskalische Eigentum zählt, „bei welchem aber jene intensive Widmung der konkreten Sache für einen bestimmten öffentlichen Zweck fehlt". Steht der öffentliche Zweck nicht in Frage, so kommen „wieder" die Normen des Privatrechts zur Anwendung.

Schelcher[173]) zieht daraus den Schluß, Layer vertrete die Ansicht eines doppelten Eigentums und „müßte auch in den Fällen öffentliches Eigentum anerkennen, in denen ein Dritter an der öffentlichen Sache das Privateigentum" besäße. Wohl scheint diese Auslegung begreiflich, aber Layer hat das nicht sagen wollen, wenn er in erster Linie den Regelfall meint, in dem der Staat selbst Eigentümer der Sache ist. Daß ein doppeltes Eigentum zivilrechtlich unmöglich ist, wird allgemein anerkannt. Die Versuche, einen solchen Begriff, z. B. im Unter- und Obereigentum bei superficies und emphyteusis aufzustellen, sind nie ausgereift. Insofern die beiden Eigentumsarten nur wesensähnlich sind, bestehen wissenschaftlich keine großen Bedenken gegen die Annahme eines Doppeleigentums. Affolter[174]), der als Doppeleigentum am Grund und Boden das völkerrechtliche des Staates selbst und das Privateigentum des Bürgers hinstellt, weist aber auf die Verschiedenheit der Rechtsordnungen hin, die die Rechtsverhältnisse am Grund und Boden regeln.

Und hier handelt es sich gerade um die Verschiedenheit der Rechtsordnungen. Mit einer Gemeinsamkeit lediglich des Namens „Eigentum" sind beide, öffentliches und privates Eigentum, noch nicht wesensgleich.

Kisch[175]) ist ein beachtlicher Vertreter der hier in Rede stehenden Lehre vom doppelten Eigentum an Wegen, Plätzen und Brücken. Seine Kennzeichnung des Unterschiedes zwischen öffentlichem und privatem Eigentum steht aber mit den einheitlich sich gegenüberliegenden Rechtsordnungen nicht in Einklang. Der Eigentümer kann durch dingliche Rechte anderer Privatpersonen wie auch durch Bestimmungen öffentlich-rechtlicher Natur derart beschränkt werden, daß ihm der volle Genuß der Vorteile seiner Sache nicht zukommt, weil also Erbbaurecht, Nießbrauch, Hypotheken das verhindern.

Das Kriterium liegt nicht in der inhaltlichen Unbeschränktheit des Eigentums gegenüber der weniger kraftvollen Wesensart jener Rechte — auch das Eigentum kann beschränkbar sein — als vielmehr in dem Gegensatz der beschränkenden Art jener Rechtsbeziehungen zu der Tatsache, daß gerade durch sie das Eigentum beschränkt wird. „Die beschränkenden Rechte sind möglich,

---

172) Prinzipien des Enteignungsrechts, 1902, S. 648.

173) In Fisch. Ztschr., Bd. 31, S. 27, Anm. 28.

174) Vgl. Arch. öff. R., Bd. 21, S. 436.

175) Handbuch des elsaß-lothringischen Privatrechts, 1905, S. 382.

das Eigentum ist notwendig." In dieser Hinsicht ist eine doppelte Sachbeherrschung unmöglich, es sei denn, daß man in die Folgerungen der polizeistaatlichen Fiskuslehre zurückzufallen gedenkt.

d) Zur Lehre von der doppelten Persönlichkeit des Inhabers der öffentlichen Gewalt.

In dem Falle, in dem die Gegenmeinung[176]) das öffentliche Eigentum als privatrechtliches Eigentum des Trägers der öffentlichen Gewalt ansieht, würde man zu einem dem gleichen Rechtssubjekt zustehenden Eigentum gelangen. So ist neuerdings die Judikatur des sächsischen OVG. über ihren alten privatrechtlichen Standpunkt hinausgegangen, indem sie die Gemeinde zur Herrin der öffentlichen Wege macht und ihr eine „Herrschaft" über „öffentliche Verkehrsräume" gibt[177]). Als Herrin habe die Gemeinde publizistisch zu verfügen, aber sie dürfe nicht willkürlich sein.

Schelcher geht davon aus, daß dem Staat die Fähigkeit, öffentlich-rechtlich und privatrechtlich zu handeln, eigne, daß er „sowohl öffentliche wie auch private juristische Person, und das immer zu gleicher Zeit", sei. Man wird noch weiter gehen als Schelcher und jeder Person des öffentlichen wie auch des privaten Rechts diese Doppelfunktion zugestehen müssen.

Mit Recht betont Schelcher die absolute Ueberlegenheit des öffentlichen Rechts über das private. „Wie das öffentliche Recht überall mit der Prätension auftritt, das Privatrecht auszuschließen, so besteht dies an sich nur mit dem Vorbehalte, so weit zu gelten, als jenes nicht schon vorhanden ist." Das ist nur richtig, wenn man bedenkt, daß über den Umfang des privatrechtlichen Geltungsbereiches der Herr der öffentlichen Sache zu entscheiden hat. Denn, „losgelöst von ihrer Zweckbestimmung", kann die öffentliche Sache nicht in rechtliche Beziehungen, der „bloße Grund und Boden" im Rechtsverkehr nicht in Erscheinung treten, weil dem erst eine Entscheidung über das Vorliegen des öffentlichen Zwecks und dessen Grenzen vorangehen muß.

Gewiß liegen beide Rechtsgebiete beieinander, jedoch nur, soweit sie mit der absoluten Einheitlichkeit des Staates in Verbindung zu bringen sind, d. h., „wenn sie verschiedene Objekte zu gleicher Zeit oder das gleiche Objekt zu verschiedener Zeit erfassen". Wird daher der Staat mit Rücksicht auf eine Sache tätig, dann vermag er das nicht erst von öffentlich-rechtlichen und dann von privatrechtlichen Gesichtspunkten aus. Jedenfalls ist die sächsische Praxis nicht als Fortschritt gegenüber dem preußischen Recht anzusehen, da sie an publizistische Bestandteile des alten Regalienbegriffs anknüpft, die das preußische Recht und seine Praxis bereits eliminiert haben[178]).

Der Staat, der sich unter das Privatrecht stellt, ist zugleich Inhaber der öffentlichen Gewalt, der seine Entscheidungen nur unter dem Richtpunkt der Ungleichwertigkeit, der Ueberordnung, trifft.

e) Das öffentliche Eigentum als subjektives öffentliches Recht.

In dem vergeblichen Versuch, das öffentliche Eigentum als subjektives öffentliches Recht, wie das privatrechtliche subjektives privates Recht ist, darzustellen, ist der stärkste Beweis der Unhaltbarkeit der Lehre vom öffentlichen

176) Vgl. v. Seydel, Bayr. Staatsrecht, Bd. 5, S. 409 ff.; Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession, S. 34; Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im bürgerlichen Gesetzbuch, S. 18 ff.; Schelcher, Fisch. Ztschr., Bd. 31, S. 40 ff.

177) Vgl. Sächs. OVG., Jahrb., Bd. 15, S. 175 ff.; Bd. 17, S. 6.

178) Vgl. Pr. OVG., Bd. 15, S. 277.

Eigentum erblickt worden[179]). Konsequent legt Jellinek dar, daß ein subjektives öffentliches Recht auf Benutzung öffentlicher Sachen oder, falls sie „durch Statuierung eines Kontrahierungszwanges jedermann zugänglich sind", ein solches Recht „des einzelnen auf Kontrahierung als Komplement des Kontrahierungszwanges" zu verneinen sei und aus dieser Anschauung heraus die Idee eines öffentlichen Sachenrechts überhaupt wie die eines öffentlichen Eigentums im besonderen als widerlegt gelten könne. Otto Mayer[180]) betont, diese Unhaltbarkeit sei nicht wörtlich zu nehmen, und tatsächlich läßt sich der Beweis der Unhaltbarkeit nicht allein aus der Behauptung, das „Recht" auf Gemeingebrauch oder öffentliche Nutzung sei lediglich ein „Reflexrecht", erbringen. Daß es keinen rechtlich geschützten Anspruch auf Gemeingebrauch und Nutzung gibt, streiten auch die Vertreter der öffentlich-rechtlichen Theorie nicht ab, und die Frage nach einem subjektiven öffentlichen Recht des Eigentums wird von ihnen vielfach verneint.

Hawelka[181]) und Schelcher[182]) sind deshalb gegen Otto Mayer, weil er öffentliches Eigentum und öffentlich-rechtliche Grunddienstbarkeit als subjektive öffentliche Rechte des Trägers öffentlicher Gewalt hinstelle, nachdem das subjektive öffentliche Recht als „rechtliche Macht über die öffentliche Gewalt selbst" behauptet worden sei. Auch Jellinek, der das Ueberwiegen der Pflicht gegenüber dem Recht des Staates, also der Zweckgebundenheit gegenüber der unbeschränkten öffentlichen Gewalt, hervorhebt, sieht ein subjektives öffentliches Recht nur in dem „Recht des Staates, jedermanns öffentliche Pflichten zu fordern", folglich in dem, was Otto Mayer als das „Urrecht auf Gehorsam" bezeichnet.

Otto Mayer behauptet aber durchaus nicht, der Staat sei als öffentlich-rechtlicher Eigentümer Träger eines subjektiven öffentlichen Rechts. Er gibt zu, daß die dinglichen subjektiven öffentlichen Rechte des Staates an der öffentlichen Sache keine echten im Sinne des Begriffes seien. Mit Recht sagt daher Schelcher[183]), daß ein unechtes subjektives öffentliches Recht überhaupt kein subjektives Recht sei. Weiß man aber, daß der Ausdruck „subjektives öffentliches Recht" oft unrichtig angewendet wird, dann liegen weiter keine Bedenken vor, und folglich ist die Existenz öffentlichen Eigentums durchaus nicht davon abhängig, daß es subjektives öffentliches Recht sein soll, wo es in seinem bedeutenden Unterschied zum privatrechtlichen Eigentum die Analogie Schelchers und Jellineks ausschließt.

§ 15. 5. Der Gemeingebrauch.

Bei der Möglichkeit, der Verfügungsgewalt des Gewaltträgers eine Grenze zu ziehen, wird es immer ankommen auf den Umfang, die Bedeutung und den Zweck der nachgesuchten Benutzung. Dabei eine Gebundenheit in ihren Grenzen auf das öffentliche Interesse überhaupt abzustellen, war bereits verneint worden, weil die Grenzen zwischen Individual- und Kollektivinteresse verschwimmen.

Solange die öffentliche Sache vorhanden ist, ist der Gemeingebrauch begrifflich mit ihr verbunden[184]). Das Recht des Gemeingebrauchs besteht aus

[179]) Vgl. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 76; Hawelka, Die Rechte an öffentlichen Wegen in Oesterreich, S. 65.
[180]) Dtsch. Verwaltungsrecht, II, S. 73, Anm. 19.
[181]) Rechte an öffentlichen Wegen, 1910, S. 65.
[182]) Fisch. Ztschr., Bd. 31, S. 29 ff.
[183]) Fisch. Ztschr., Bd. 31, S. 31.
[184]) Vgl. Fleiner, Institutionen, S. 374.

sich heraus und nicht auf Grund einer besonderen Gewährung[185]). Eine solche Gewährung liegt auch nicht in der Indienststellung der öffentlichen Sache. Herstellung und Widmung sind lediglich die Voraussetzungen zum Gemeingebrauch. Deshalb liegt in der Begründung desselben auch kein Vertrag, kein Verwaltungsakt[186]). Ebensowenig beruht er auf Gesetz. Allerdings spricht § 7 II, 15 ALR. von einem „Gestattetsein"[187]). Hier aber wird nur etwas bestätigt, was bereits Daseinsgeltung hat.

Zur Zeit der Genossenschaften war der Gemeingebrauch Mitgliedschaftsrecht. Erst mit der weiteren Rechtsentwicklung änderte sich sein Inhalt. So hat der einzelne als Teil der Allgemeinheit das Recht des Gemeingebrauchs. Wappäus[188]) schreibt dem Publikum das Recht des Gemeingebrauchs zu, das der einzelne „als Mitglied des Publikums" ausübe. Dernburg[189]) bezeichnet für das Gebiet preußischen Privatrechts diese Befugnis als ein Recht der Gemeindemitgliedschaft. Eisele[190]) nennt sie ein Bürgerrecht, die „Rückseite" des von ihm aufgestellten Begriffs des publizistischen Eigentums, die im übrigen aber im Gegensatze zu einem wirklichen subjektiven Recht gedacht sein soll; denn sie ist kein „ius in re aliena" und auch „kein Reflex objektiver Rechtsbeschränkung".

Mit dem Aufhören des genossenschaftlichen Gedankens geht man dazu über, in dem Gemeingebrauch ein Recht jedermanns, ein wirkliches subjektives Privatrecht zu erblicken. Bekker[191]) spricht daher von einem „Sachenrecht besonderer Art, da es vom einzelnen weder erworben noch verloren werden kann". Jhering[192]) spricht von einem „eigenen Rechte der einzelnen", aber ohne genauere Bestimmung desselben.

Neben begrifflichen Bedenken, die der Bezeichnung des Gemeingebrauchs als eines subjektiven Rechts entgegenstehen, ist es die öffentliche Rechtsordnung, die solche Begriffsbestimmungen verhindert. Nun aber glaubt man zu erkennen, daß eine begriffliche Lösung nur vom öffentlichen Recht aus möglich sei und behauptet ein subjektives öffentliches Recht[193]).

Die Gegenüberstellung von klagbaren privaten und nicht klagbaren öffentlichen Rechten läßt deutlich erkennen, daß man mit einem Privatrecht nicht immer ein Recht privatrechtlichen Inhalts, als vielmehr das Recht eines Privaten, ein ius singulorum, überhaupt gemeint hat.

Nicht allein der öffentlich-rechtliche Charakter des Gemeingebrauchs, sondern seine Schwäche im Vergleich zu einem wirklichen subjektiven Recht ist der Grund, warum man ihn als öffentliches Recht bezeichnen will, weil ein eindeutiger Begriff des subjektiven öffentlichen Rechtes noch fehlt, während sonst wirkliche öffentliche Gebrauchsrechte, wie sie durch Verleihung begründet

---

185) Vgl. Art. 174, Abs. 2 des Entw. f. eine Württ. Verw.-R.-O.: „Gemeingebrauch ist die Benützung, die jedermann oder einem bestimmten Personenkreis ohne besondere Gewährung zusteht." Hofacker, Besprechung des Entwurfs, S. 35.

186) Eine Bestimmung des Gemeingebrauchsinhalts durch Verwaltungsakt ist allerdings nach Maßgabe des Art. 176, Abs. 1 und 4 bzw. des Art. 179, Abs. 4 des Entwurfs der Württ. Verw.-R.-O. v. 1931 möglich. (Vgl. Anhang zu Art. 180, S. 564.) Das mag für den Fall zutreffend sein, in welchem Widmung und Entwidmung als Verwaltungsakte selbst angesehen werden. Diese Eigenschaft war jedoch bereits abgelehnt worden.

187) Aehnlich § 16 des Hann. Gesetzes btr. die Gemeindewege v. 28. Juli 1851 und § 2 des Gesetzes für die Provinz Schleswig-Holstein v. 15. Juni 1885; § 3 der Wegeordnung für die Provinz Sachsen v. 11. Juli 1891.

188) Dem Rechtsverkehr entzogene Sachen, S. 112 ff.

189) Preußisches Privatrecht, I, S. 597.

190) Ueber das Rechtsverhältnis der res publicae usw., S. 27.

191) System des Pandektenrechts, § 78, Beilage 1, S. 342.

192) Der Streit zwischen Basel-Land . . ."

193) So Oertmann, Bayr. Landesprivatrecht, § 98, S. 387 ff.; Enneccerus, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 3. Aufl., § 123, S. 312. Bestimmt Eisele, S. 27 und Gierke, Deutsches Privatrecht, § 102, S. 25; derselbe, Genossenschafts-Teorie, S. 193 ff. Helfritz, Der Meeresstrand im preuß. öff. R. der Gegenwart, i. Verwaltungsrechtlichen Abhandlungen, Festgabe, 1925, S. 62 ff.

werden, als reine Privatrechte beibehalten werden, weil sie die Eigenschaft wirklich subjektiver Rechte besitzen. Mit der Entwicklung des öffentlichen Rechts wird die Irrigkeit dieses Gedankens erkannt. Mit der Heranbildung eines eindeutigen Begriffs des subjektiven öffentlichen Rechts zeigt es sich, daß der Gemeingebrauch ein solches Recht nicht sein kann. Mag das subjektive öffentliche Recht mit Otto Mayer in einer „rechtlichen Macht über die öffentliche Gewalt" oder mit Jellinek in einem „Dürfen und Können, gewährleistet durch eine Einschränkung der Herrschaftsgewalt des Staates gegenüber dem einzelnen", erblickt werden — auf die allgemeine Benutzung der öffentlichen Sachen können diese Begriffe nicht angewendet werden, insbesondere, weil die öffentliche Verwaltung den Gemeingebrauch jederzeit aufheben, beliebig ändern oder beschränken kann, ohne Rücksicht auf den einzelnen, der davon betroffen wird. Daher ist auch die Mehrzahl der Ansichten gegen die Annahme des Gemeingebrauchs als eines subjektiven öffentlichen Rechts[194]). Indessen beschränkt man sich auch auf die negative Feststellung, ohne eine Begriffsbestimmung seiner Rechtsnatur zu geben[195]).

Bisweilen wird der Gemeingebrauch als ein „rein tatsächlicher Vorteil" bezeichnet[196]), was zwar nicht durchaus falsch sein mag, wohl aber ungenau; denn aus sich selbst heraus ist der Gemeingebrauch noch kein tatsächlicher Vorteil, wenn auch vielleicht ein rechtlicher. Auch die Erklärung, daß die Tatsache des Gemeingebrauchs ein Zustand sei, der „durch die Anerkennung der Rechtsordnung zum Rechtszustande" würde[197]), gibt keine Lösung. Jellinek will seinen Begriff der „Reflexwirkungen des objektiven Rechts" auch auf den Gebrauch öffentlicher Sachen angewendet wissen[198]); indessen fehlen beim Gebrauche öffentlicher Sachen gerade die Rechtssätze, die den staatlichen Organen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen gebieten, welch letztere gerade diese Reflexwirkungen auslösen sollen; es wird also dem einzelnen durch objektiven Rechtssatz gar nichts anderes gewährt, als was er schon besitzt.

Aus dem Gesagten ist abzuleiten, daß man im Gemeingebrauch weniger eine rechtliche Befugnis als eine tatsächliche persönliche Fähigkeit zu erblicken hat. Der Gemeingebrauch ist nicht verboten, aber auch kein Anspruch im Rechtssinne und kein Rechtsgut in dem Sinne eines durch die Rechtsordnung geschaffenen Gutes, sondern ist Voraussetzung der Rechtsordnung. Eine rechtliche Bedeutsamkeit setzt negativ erst dort ein, wo die Rechtsordnung gegen ihre Verletzung reagiert. Der Gemeingebrauch besteht nicht „zu Recht", aber seine Verletzung oder Störung ist „unrecht". Das gewinnt Bedeutung für das Strafrecht, nicht jedoch für das bürgerliche Recht. Der Besitz bildet keine Analogie zum Gemeingebrauch. Der Gemeingebrauch ist die Betätigung der natürlichen Freiheit in Bezug auf die öffentlichen Sachen[199]).

---

[194]) So Hatschek, Grundzüge d. dtsch. u. pr. Verw.-R., 1927, S. 437; Giese-Neuwiem-Cahn, Dtsch. Verw.-R., 1930, S. 89; van Calker, Grundzüge d. Dtsch. Verw.-R., 1929, S. 49; Fleiner, Institutionen, S. 374; Anhang zu Art. 181 d. Entw. d. Württ. Verw.-R.-O., 1931, S. 565.

[195]) So OAG., Darmstadt, 1870, Entsch. v. 4. Nov., Seuff. Arch., Bd. 29, S. 243; OLG., Jena, 1879, Entsch. v. 10. Dez., Seuff. Arch., Bd. 37, S. 189; Ob.-Landesger. f. Bayern, Entsch. v. 25. Nov. 1880, Seuff. Arch., Bd. 36, Nr. 95; RGE., 12. Jan. 1898, Jur. Woch., 1898, S. 176; RGE., 16. Juni 1899, Fisch. Ztschr., Bd. 21, S. 350; Apelt, Fisch. Ztschr., Bd. 30, S. 108.

[196]) Anschütz, Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen, S. 109; Germershausen, Wegerecht, S. 68.

[197]) Vgl. Köhne, Arch. öff. R., Bd. 13, S. 545 ff.

[198]) System der subjektiven öff. Rechte, S. 69 ff.; Hatschek, Rechtl. Stellung des Fiskus im BGB., S. 51. So auch van Calker, Grundzüge des dtsch. Verw.-R., 1929, S. 49. Hier beruht der Gemeingebrauch auf genereller rechtl. Erlaubnis zur Benutzung und wird, da keine Verbotsnorm besteht, zum Reflex objektiven Rechts. Giese-Neuwiem-Cahn, Dtsch. Verw.-R., 1930, S. 89; Hatschek, Lehrbuch d. dtsch. u. preuß. Verw.-R., 1927, S. 437.

[199]) Vgl. Apelt, Fisch. Ztschr., Bd. 30, S. 108 ff.; Otto Mayer, Deutsches Verw.-R., 1924, Bd. II, S. 77.

Wird der einzelne in der Ausübung des Gemeingebrauchs unrechtmäßig gehindert, sei es durch Dritte oder den Staat selbst, so ist das ein Angriff auf die ihm nach objektivem Recht zustehende Freiheit, eine „Nichtanerkennung“[200]), eine „Antastung seiner Persönlichkeit“[201]), eine wirkliche Rechtsverletzung, nicht aber eine Verletzung des Rechts des einzelnen als vielmehr der Rechtsordnung als solcher, des objektiven Rechts.

Demgemäß gewährt die Polizei der öffentlichen Sache den entsprechenden Schutz, jedoch nur zur Wahrnehmung der Rechtsordnung, zur Wahrung des objektiven Rechts. Der einzelne selbst ist in der Ausübung des Gemeingebrauchs rechtlich nicht geschützt, noch hat er einen Anspruch auf Rechtsschutz[202]): der Schutz der öffentlichen Sache umfaßt zugleich auch seine Person.

---

200) Vgl. v. Sarwey, Oeff. Recht u. d. Verw.-Rechtspflege, S. 428 ff.

201) Vgl. Dernburg, Pandekten, I, § 72, Nr. 6.

202) So auch der Entwurf d. Württ. Verw.-R.-O. im Anhang zum Art. 181, S. 566, der dem einzelnen gegen polizeil. Anordnungen, die ihn in der Ausübung des Gemeingebrauchs einschränken, nur dann das Rechtsmittel der Beschwerde zugibt, wenn jene Anordnungen gesetzwidrig waren.

3. Teil:

Die Rechtsordnung des öffentlichen Bucheigentums

§ 16.

I. Die Gebrauchserlaubnis. Öffentlich-rechtliche Anstaltsnutzung.

Im Gegensatz zum Recht des Gemeingebrauchs an einer öffentlichen Sache, das für den einzelnen ohne staatliche Willensäußerung begründet wird und aus sich heraus einen Teil der Freiheit des Staatsbürgers bildet, kann über dieses Recht hinaus dem einzelnen noch eine Benutzung der öffentlichen Sache zustehen. Dieses beruht dann auf einer Willensäußerung der Verwaltung, auf einer „Gewährung und Einräumung". Wenn also dem einzelnen das Recht gewährt wird, von der öffentlichen Sache einen Gebrauch zu machen, der noch kein subjektives öffentliches Recht für ihn begründet, sondern nur eine Erweiterung seiner Freiheit bedeutet, dann geschieht das auf dem Wege der Gebrauchserlaubnis, deren Erteilung durch den Herrn der öffentlichen Sache in der laufenden Verwaltung erfolgt.

Eine bestimmte Umgrenzung nimmt die Gebrauchserlaubnis an, wenn sie im Betriebe einer öffentlichen Anstalt gewährt wird[203]), wodurch sie unter den Begriff öffentlich-rechtlicher Anstaltsnutzung fällt. Das Rechtsverhältnis, das hier begründet wird, ist das Nutzungsverhältnis[204]).

Oeffentlich-rechtliche Anstaltsnutzung ist die Form der zwischen öffentlichen Bibliotheken und ihren Benutzern sich gestaltenden Rechtsbeziehungen, die sich lediglich auf der Grundlage des öffentlichen Rechts bewegen[205]). Da alle Staatstätigkeit in erster Linie öffentliche Verwaltung bedeutet, wird die Anwendbarkeit des Zivilrechts die „Ausnahme" bilden. Maßgebend dabei ist für die Beurteilung dieser Ausnahmen die Feststellung reiner privatrechtlicher Unterscheidungsmerkmale. Daß von privater Hand betriebene Leihbibliotheken

---

203) Vgl. Fleiner, Institutionen, 1928, S. 336.

204) Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verw.-R., 1924, Bd. II, § 51.

205) Vgl. Fleiner, Institutionen, 1928, S. 336; Giese-Neuwiem-Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht, 1930, S. 83; List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 79; Hellmuth, Die Entwicklung der Rechtsidee von der öffentlichen Anstalt im Geschäftsbereich der Deutschen Reichspost, Eisenbahn- und verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen, Bd. 43, S. 254. Anders Kaufmann, Artikel „Otto Mayer" i. Verw.-Arch., Bd. 30, S. 377 ff. und Köstler, Die Natur des österreichischen Postrechts, Grünhuts Ztschr., Bd. 42, S. 263 ff.

in ihren Rechtsbeziehungen zu Benutzern lediglich der Anwendbarkeit des bürgerlichen Rechts unterliegen, ist selbstverständlich. Ebenso kann nicht verneint werden, daß das bürgerliche Recht auch auf gewisse Rechtsverhältnisse, welche die öffentliche Bibliothek eingeht, Anwendung findet. Dann aber handelt es sich um die bereits erwähnten reinen Privatrechtsverträge, in denen die Bibliothek in ihrer Eigenschaft als Vertreterin des Fiskus Partei ist. Das sind eben jene Verträge mit Buchbindern über das Binden von Bibliotheksbüchern, mit Verlegern über den Ankauf neuer Bücher und Zeitschriften sowie jene privaten Bücherschenkungen. Es ist aber fraglich, ob die bürgerlichrechtlichen Bestimmungen über den Leihvertrag auf das Rechtsverhältnis zwischen öffentlichen Bibliotheken und ihren Benutzern Anwendung finden. Dieselbe Frage hat sich bei dem analogen Rechtsgebilde der Deutschen Reichspost[206]) in Bezug auf ihr Rechtsverhältnis zu den Benutzern oft erhoben[207]).

So war die Reichspost während der Zeit des Polizeistaates Einnahmequelle, und die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses wurde auf den Verwaltungsweg verwiesen, während lediglich die Geltendmachung von Ansprüchen aus der Haftung des Staates vor die ordentlichen Gerichte gehörte[208]).

Der Rechtsstaat hatte die Rechtsstellung des Benutzers einer Revision zu unterziehen. „Dabei entstand naturgemäß die Frage, ob die vorhandenen privatrechtlichen Ansätze zu verallgemeinern oder die bisher öffentlich-rechtliche und darum rechtlose Sphäre subjektiv-rechtlich fortzubilden wäre.“ Die damals herrschende liberal-individualistische Staatsauffassung stand dabei durchaus auf zivilistischer Grundlage, ließ aber die Frage nach der Wesensart des Postrechts offen, und in der Literatur überwog die zivilistische Auffassung[209]), die erst durch Linde[210]) korrigiert wurde. Nach ihm ist die Postanstalt des älteren deutschen Rechtes ein auf Staatshoheit gegründetes, durch Regal gekennzeichnetes Institut, als öffentliche Anstalt gedacht, dem öffentlichen Recht unterliegend. Daher sind ihre Leistungen nicht Gegenstand privatrechtlicher Verträge, sondern dem öffentlichen Recht angehörende Obligationen. Da auch das römische Privatrecht für die Beurteilung dieses Rechtsverhältnisses nicht maßgebend sein konnte, weil es publizistisch geregelt war, wurde es ein selbständiges deutsch-rechtliches Institut.

Gegen Linde versuchte man, ohne den zivilistischen Standpunkt aufzugeben, eine maßgebende Vertragsform für das in Frage stehende Rechtsverhältnis zu finden, indem man einen dem Werkvertrag ähnlichen Typus schuf[211]).

Erst mit den Fortschritten der Verwaltungsrechtswissenschaft gewann der publizistische Standpunkt wieder Boden. Nach Zorn[212]) tätigt die Post kein erwerbswirtschaftliches Geschäft, sondern erfüllt eine Staatspflicht. Das Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Publikum ist kein Vertrag, und die Benutzung ist Obligationserfüllung[213]).

---

206) Vgl. Nawiasky, Deutsches und österreichisches Postrecht, 1909; Hellmuth, Die Entwicklung der Rechtsidee von der öffentl. Anstalt . . ., Eisenbahn- u. verkehrsrechtl. Abhandlungen, Bd. 43, S. 154 ff., 251 ff. u. 349 ff.

207) Zu ihrer Beantwortung möge hier der Umweg über eine Untersuchung d. Nutzungsverhältnisses zwischen Post und Benutzern gerechtfertigt sein.

208) Vgl. Hellmuth, Die Entwicklung der Rechtsidee v. d. öff. Anstalt . . ., Eisenbahn- u. verkehrsr. Entscheidungen und Abhandlungen, Bd. 43, S. 160 ff.

209) Vgl. Laband, Staatsrecht des Dtsch. Reiches, 5. Aufl., 1913, III, S. 50 ff.

210) Vgl. Linde, Ueber die Haftverbindlichkeit der Postanstalt, 1859.

211) So Höpfner, Arch. f. ziv. Prax., Bd. 36; Karstens, daselbst, Bd. 37; Sell, daselbst, Bd. 21; Schellmann, Ueber die rechtl. Natur des Postbeförderungsvertrages, 1861; Dambach, Das Gesetz über das Postwesen des deutschen Reiches, 6. Aufl., 1901.

212) Vgl. Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 1883, 2 Aufl., 1897, Bd. II, S. 257, 274.

213) Vgl. Arndt, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 1895, und Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1901.

Nun aber stellt Otto Mayer[214]) in der Erkenntnis einer doppelten Funktion des Staates neben das Gebiet der obrigkeitlichen Gewalt das Moment der unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Zwecke durch Sach- und Arbeitsaufwand. Nach ihm hat die öffentliche Anstalt einem Zwecke des öffentlichen Wohles zu dienen. Sie wartet darauf, bis ihr der einzelne Gelegenheit bietet, wirksam zu werden.

Die öffentliche Anstalt wird nicht von selbst tätig, sondern „wartet auf die Anregung" dazu. Die Anstaltsordnung bestimmt die Voraussetzungen, nach denen die öffentliche Anstalt tätig wird. „Die Darbietung dieser Voraussetzungen ist ihre Inanspruchnahme." Die Bejahung der Gewährung von Nutzungen ist die Zulassung.

Die Inanspruchnahme geschieht in einer Willenserklärung unter Erfüllung bestimmter Formen, oder sie drückt einen Wunsch aus.

Die Zulassung geschieht nicht ohne weiteres, sondern erst nach Prüfung ihrer Voraussetzungen. Dann erfolgt sie in Form des Realaktes, der jedoch kein Rechtsgeschäft, nicht die andere Hälfte eines Vertrages noch Verwaltungsakt ist, ebensowenig wie die Inanspruchnahme.

Die Sicherheit, daß den Benutzern die Anstaltsleistungen auch gewährt werden, beruht auf der gebundenen Zulassung, auf den in der Anstaltsordnung niedergelegten Verwaltungsvorschriften, die den Benutzern zugänglich sind.

Dort, wo das Gesetz diese Sicherheit erhöht, werden abweichende Bestimmungen für den Einzelfall ausgeschlossen und ein subjektives öffentliches Recht begründet, ohne daß aber das Nutzungsverhältnis in seinem Wesen geändert würde.

Auf die Tätigkeit der Anstalt hat der einzelne nur soweit Einfluß, als bereits die Anstaltsordnung Bestimmungen getroffen hat. Bei der Zulassung selbst wird kein Rechtsanspruch auf Leistung für ihn begründet. Darum steht ihm auch keine Klage auf Erfüllung, keine Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu.

Die Endigung des Nutzungsverhältnisses tritt mit der durchgeführten Leistung ein oder aber, wenn die Anstalt nicht mehr imstande ist, sie durchzuführen, und schließlich, wenn der Benutzer zurücktritt. Damit setzt eine neue Betrachtungsweise ein[215]).

Die Begründung des Verhältnisses der Anstaltsnutzung erfolgt durch Inanspruchnahme und Zulassung. Für die Parteihandlung unterscheidet Otto Mayer zwischen der Begründung der Anstaltsnutzung und der Gebührenpflicht[216]). Die Inanspruchnahme sei eine Willenserklärung. Die Gebührenpflicht entstehe nur, „insoweit in der Inanspruchnahme die Aeußerung eines verpflichtungsfähigen Willens liegt", im Gegensatz zum Gemeingebrauch, bei dem der Nutzende einfach seine persönliche Freiheit ausübe. Hier liegt nach Nawiasky[217]) eine Schwäche der Theorie Otto Mayers, weil dieser in der Inanspruchnahme und Zulassung kein Rechtsgeschäft, keinen Verwaltungsakt sehen will. Wenn aber ohne besagte Willenserklärung das Verhältnis der Anstaltsnutzung nicht zustande käme, dann müsse also doch ein Rechtsgeschäft vorliegen. Da aber sich das Verhältnis auf dem Boden des öffentlichen Rechts bewege[218]), sei es unmöglich, von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag zu

214) Deutsches Verwaltungs-Recht, 1924, Bd. II, S. 208 ff.

215) Vgl. auch Nawiasky, Deutsch. u. österr. Post-R.; Buser, Die rechtliche Stellung der Postanstalt nach schweizerischem Recht, Bern, Diss., 1913; Hellmuth, Die Entwicklung d. Rechtsidee v. d. öff. Anstalt . . ., Eisenbahn- u. verkehrsr. Entscheidungen u. Abhandlungen, Bd. 43.

216) Vgl. Otto Mayer, Dtsch. Verw.-R., 1924, Bd. II, S. 277, 288.

217) Vgl. Nawiasky, Deutsch. u. österr. Postrecht, S. 17.

218) Vgl. Nawiasky, Deutsch. u. österr. Postrecht, S. 13.

sprechen[219]). Dabei sei nicht zu vergessen die doppelte Bedeutung des Wortes Vertrag als Ausdruck für den Begründungsakt eines Rechtsverhältnisses einerseits, als Ausdruck für das zu begründende oder begründete Rechtsverhältnis selbst andererseits. In der zweiten, weiteren Bedeutung erscheine eine Differenzierung der Terminologie am Platze, „weil es sich tatsächlich auf beiden Rechtsgebieten um Erscheinungen von rechtlich differenter Relevanz handelt. Faßt man dagegen den reinen Begründungsakt als solchen ins Auge, so ist auch bei öffentlich-rechtlichen Verhältnissen in der Kraft der beiderseitigen Willenserklärungen ein Unterschied nicht zu entdecken; ebensowenig wie etwa bei der Begründung eines zivilrechtlichen Gewaltverhältnisses der Wille des künftigen Gewaltherrn dem Willen des künftigen Gewaltuntergebenen übergeordnet wäre. Man spricht daher unbedenklich von einem Ehevertrag, einem Adoptionsvertrag und dergleichen." Mit demselben Recht könne man also auch die Begründung der Anstaltsnutzung als Vertrag bezeichnen.

Die Otto Mayersche Lehre vom Verwaltungsakt auf Unterwerfung als einzige Form der Zweiseitigkeit eines Verwaltungsaktes überhaupt wird von W. Jellinek[220]) verworfen. Das aber führe zur Anerkennung von zweiseitigen Verwaltungsakten. Auch hier sei der Staat mehr als der ihm gegenüberstehende einzelne. Der zweiseitige Verwaltungsakt bestehe aus zwei ungleichen Stücken: einer privaten Willenserklärung des einzelnen, die im allgemeinen der Anwendung des bürgerlichen Rechts unterliegt, und der nach öffentlichem Recht lebenden, also mindestens die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit in sich tragenden Willenserklärung des Staates. So kommt in manchen Entscheidungen auch der Ausdruck „Vertrag" dafür vor[221]). Hier aber messe nach Jellinek der Mitwirkung des einzelnen beim Zustandekommen eines Verwaltungsakts die Rechtsprechung größere Bedeutung bei als sonstigen gesetzlichen Erfordernissen. Bedenke man, daß auch das Zivilprozeßrecht die mangelnde oder mangelhafte Mitwirkung des Klägers oder des Beklagten besonders schwer nimmt, so entspräche deutscher Rechtsauffassung der Satz, daß die mitwirkungsbedingten Verwaltungsakte im Zweifel nicht Verwaltungsakte auf Unterwerfung, sondern zweiseitige Verwaltungsakte seien.

Von hier aus sei die Frage, ob es neben den zweiseitigen Verwaltungsakten noch das Rechtsgebilde des öffentlich-rechtlichen Vertrages gäbe, zu bejahen, wenn man mit dem Worte „öffentlich-rechtlich" alle Tatbestände benenne, die ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis begründen oder sonstwie beeinflussen[222]). Dabei aber könne die Gleichwertigkeit der beiden Willenserklärungen darin bestehen, daß beide nach öffentlichem Recht zu beurteilen seien, oder darin, daß auf beide das bürgerliche Recht Anwendung finde. Dabei gäbe es wirklich öffentlich-rechtliche Verträge, jedoch nur im Sinne einer „Verwaltungsverschiebung", wie Otto Mayer sie benennt. Zu den Verträgen, bei denen die hoheitliche Natur des zweiten Vertragsteils ganz zurücktrete, gehörten z. B. gewisse Anstaltsbenutzungsverträge. Jellinek folgert also der Deduktion Nawiaskys entsprechend. Beide geben zwar die Ungleichwertigkeit der beiderseitigen Willenserklärungen bei der Begründung einer Anstaltsnutzung zu, wollen aber durchaus dieses Rechtsverhältnis als ein Vertragsverhältnis bezeichnet wissen. In diesem Sinne folgert auch Dambach[223]): „Da die Postver-

219) So auch Neugebauer, i. Arch. f. Post und Telegraphie, 1924, S. 37, Fußnote 2; S. 78, Fußnote 3; S. 38, Fußnote 14; S. 201, Fußnote 17. Walther, Das Fernsprechanschlußverhältnis — ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, Verw.-Arch., Bd. 34, S. 229 ff.

220) Vgl. Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, 1925, S. 84 ff.

221) So in RGE. i. Ziv., Bd. 95, S. 144 ff.; RGE. i. Str., Bd. 56, S. 19 ff.

222) Vgl. Jellinek, Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, 1925, S. 104.

223) Vgl. Postgesetz, S. 48.

waltung durch die Annahme der Sendung in ein Vertragsverhältnis zu dem Absender tritt, so ist sie berechtigt, die Annahme von Sendungen nicht geschäftsfähiger Personen abzulehnen." Dambach gibt aber auch zu, daß sich im allgemeinen die Post um die Geschäftsfähigkeit der Absender nicht kümmert, daß es sich mithin um ein Vertragsverhältnis nicht handeln kann. Gerade diese Gleichgültigkeit einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Benutzers widersteht den Versuchen, hier ein vertragsmäßiges Rechtsverhältnis zu konstruieren.

Auch die Erweiterung des Gebrauchsrechts, die Gebrauchserlaubnis, ist nicht als Vertrag anzusehen[224]). Bei allen Versuchen, sie auf zivilrechtliche Rechtsgeschäfte zu gründen, namentlich etwa auf einen Miet- oder Leihvertrag, darf auch die Rolle der Anstaltsgewalt nicht übersehen werden. Dann aber ein „gemischtes Rechtsgeschäft" annehmen zu wollen, kann nur mit Hilfe von Hatscheks Restauration der Fiskuslehre geschehen[225]).

Bei der Frage, auf welchem Boden das Bibliotheksrechtsverhältnis steht, wird man sich ohne Bedenken den Folgerungen der öffentlich-rechtlichen Meinung anschließen können[226]). Der ganze Vorgang der Benutzung öffentlicher Bibliotheken trägt nämlich alle Merkmale eines Gewaltverhältnisses. Die inhaltliche Bindung dieses Verhältnisses zwischen Bibliothek und Publikum wird durch die Anstaltsordnung geregelt und so privater Willkür die Möglichkeit eines Einflusses versagt. Diese inhaltliche Bindung ist das spezifische Charakteristikum der öffentlich-rechtlichen Struktur der Bibliotheken und ihrer Rechtsbeziehungen. Nur die Regelung der Einzelheiten des Nutzungsverhältnisses ist dem Ermessen der Anstaltsordnung überlassen[227]). Das ist kein Ausfluß staatlicher Willkür, sondern ein Ueberwiegen der Anstaltsinteressen.

Auch das Fehlen gesetzlicher Bestimmungen über den Kontrahierungszwang für die öffentlichen Bibliotheken gibt diesen noch nicht die Berechtigung, sich gemäß dem Grundsatz von der privatrechtlichen Vertragsfreiheit von einer Selbstbindung zu befreien. Die Tatsache, daß die Zulassung zur Bibliotheksbenutzung nicht in das Ermessen der Bibliothek gestellt ist, macht die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Begriffe und Verträge unmöglich. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit widerspricht dem öffentlichen Zweck der Bibliothek. Es wurde festgestellt, daß die öffentliche Bibliothek eine öffentlich-rechtlich organisierte Anstalt ist. Darum kann das Rechtsverhältnis zwischen ihr und ihren Benützern auch nur das der öffentlich-rechtlichen Anstaltsnutzung sein. Die Begründung des Nutzungsverhältnisses geschieht nicht durch einen Leihvertrag[228]), sondern kraft einseitiger Zulassung des Benutzers durch die öffentliche Anstalt, sobald er die erforderlichen Voraussetzungen für diese Zulassung gemäß der Anstaltsordnung erfüllt hat. Der Umstand, daß dieser Zulassung in den Fällen der Entnahme von Büchern meist ein Antrag des Benutzers vor-

---

224) Vgl. Fleiner, Institutionen, 1928, S. 336. So wurde z. B., wo für das verliehene Nutzungsrecht nicht eine wiederkehrende Abgabe, sondern eine einmalige Zahlung zu leisten ist, statt eines Mietvertrages ein Kauf gesetzt. Vgl. Sächs. KGH., Fisch. Ztschr., 1905, S. 166: der „Kauf" eines Erbstuhls in der Kirche ist nur die Form, „in die der eine obrigkeitliche Verleihung gegen ein Bezeigungsquantum bildende Vorgang, um dem Verständnis der Beteiligten entgegenzukommen, eingekleidet worden ist".

225) Nach Hawelkas (Rechte an öffentlichen Wegen, S. 131) eigenem Ausspruch, jedoch in Annahme eines doppelten Rechtsverhältnisses: „Zwar wird noch mit der Formel des Bestandvertrages (Mietvertrags) operiert; zu diesem Vertrage tritt aber ein öffentlich-rechtlicher Akt in Form einer Erlaubnis der Straßenpolizeibehörde." Vgl. Hatschek, Rechtliche Stellung des Fiskus, S. 20.

226) So Kormann, Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts, 1930, bearbeitet von Fr. List, S. 58.

227) Vgl. Kormanns Einführung in die Praxis d. Deutschen Verwaltungsrechts, 1930, S. 33, 52.

228) So vor allem Franke, Der Leihbetrieb der öffentlichen Bibliotheken und das geltende Recht, 1905.

angeht, verleiht ihr noch nicht die Eigenschaft eines Vertrages. Auch wird der Vertragscharakter nicht dadurch begründet, daß der Benutzer, der die ordnungsmäßigen Voraussetzungen erfüllt, etwa ein Recht auf Zulassung hat. Die Nutzung vollzieht sich lediglich durch die Form der Gebrauchserlaubnis, einer Erweiterung der Freiheit, wie sie im Gemeingebrauch begründet war.

Mit dieser Anstaltsnutzung wird an die Ordnung des öffentlichen Bucheigentums folgerichtig angeknüpft. Die Tatsache, daß die öffentliche Bibliothek dem einzelnen Vorteile gewährt, darf nicht dazu führen, nunmehr in dem einzelnen bei der Bibliotheksbenutzung einen Träger öffentlicher Rechte zu erblicken. Der einzelne bietet der Bibliothek lediglich Gelegenheit und Anregung[229]), in bestimmter Richtung ihm gegenüber in Tätigkeit zu treten. Im Gegensatz zum Gemeingebrauch wird mit der Ausgabe eines Buches der ausschließliche Besitz an diesem Buche, ein subjektives öffentliches Recht, begründet. Ohne die Begründung eines solchen Rechtes wird durch die Gebrauchserlaubnis in Erweiterung der beim Gemeingebrauch markanten Freiheit des einzelnen die Zulassung zur Bibliotheksbenutzung eröffnet. Dabei ist die Zulassung durch Annahme und Erledigung eines ordnungsmäßig ausgestellten Bestellzettels kein „Verwaltungsakt", sondern reguläre „Arbeitshandlung", zu welcher der Bibliotheksbeamte öffentlich-rechtlich verpflichtet ist[230]).

Damit entsteht für den Benutzer aber noch kein Rechtsanspruch auf Leistung gegenüber der Anstaltsgewalt, keine Klage auf Erfüllung, keine Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das sind notwendige Folgerungen, die sich aus der Beurteilung der Anstaltsnutzung als eines öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses ergeben[231]).

§ 17.

II. Die Benutzungsordnung.

Ein weiteres Merkmal für die Oeffentlichrechtlichkeit des Bibliotheksrechtsverhältnisses ist die Benutzungsordnung. Ueber die Möglichkeit einer eindeutigen Ausprägung ihres Rechtscharakters dürften prinzipielle Bedenken nicht bestehen. Es muß für das Bibliotheksrecht durch Einschaltung bestimmter formaler Kriterien der Rechtscharakter der Nutzungsordnung gekennzeichnet werden können, wozu allerdings nötig ist, daß der Gesetzgeber sich näher mit dem Gegenstand befaßt als bisher[232]).

Die Rechtsform, in welcher die Anstaltstätigkeit gelenkt wird, ist der Dienstbefehl als allgemeine Dienstanweisung wie als Einzelbefehl und die Dienstaufsicht. Die Handlungsfreiheit innerhalb gesetzlicher Schranken, welche für die Verwaltung charakteristisch ist, kann nicht jedem einzelnen Beamten zustehen, ohne daß der Gang der Geschäftsführung gefährdet und gestört wird. Die Verteilung staatlicher Geschäfte auf einzelne Aemter und Organe muß einer Zentralisation der Geschäftsleitung parallel gehen. Nicht nur Befehle an Untertanen benötigt die Verwaltung der Staatsgeschäfte, sondern auch Be-

229) Vgl. Otto Mayer, Dtsch. Verwaltungsrecht, 1924, Bd. II, § 51; Laband, Staatsrecht des dtsch. Reiches, 5. Aufl., Bd. III, S. 84; Nawiasky, Deutsches u. österreichisches Postrecht, S. 12.

230) Vgl. List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 85.

231) Vgl. die Ausführungen bei Giese-Neuwiem-Cahn, Dtsch. Verwaltungsrecht, S. 83 u. 84; Fleiner, Institutionen, 1928, S. 175 u. 176, u. Friedrichs, Das Recht d. öff. Gewalt, 1930, S. 6 f., 14 ff., 34 ff.

232) Die hier liegenden Bedürfnisse des Anstaltsrechts finden ihre Parallele in den Bestrebungen des Beamtenrechts, das Beamtenverhältnis durch Aushändigung einer besonderen Anstellungsurkunde sichtbar gegenüber dem Privatdienstvertrag zu unterscheiden.

fehle an die eigenen Organe. Die Befolgung der von der vorgesetzten Behörde, in dem vorliegenden Falle also der Anstaltsleitung, innerhalb ihrer Kompetenz erteilten Befehle gehört zu der Dienstpflicht des Beamten[233]), und die Verletzung derselben kann als Disziplinarvergehen geahndet werden[234]).

Eine Zusammenfassung der Regeln, nach welchen die Anstalt tätig ist, wird von der Anstaltsleitung als Anstalts- oder Benutzungsordnung aufgestellt[235]). Das ist ein Ausfluß der Anstaltsgewalt[236]). Die Benutzungsordnung regelt Betrieb und Benutzung der Bibliothek. Sie ist eine vom Bibliotheksdirektor zu erlassende Vorschrift, die sich unmittelbar an die Bibliotheksbeamten und mittelbar an die Benutzer richtet[237]). Da sie mit ihrem generellen Inhalt das Verhalten der untergeordneten Bibliotheksorgane für eine unbestimmte Anzahl von Fällen regelt oder aber jenen Organen die Richtung gibt, die sie bei ihrer Geschäftsführung innezuhalten haben, trägt sie den Charakter einer Verwaltungsverordnung[238]). Daher ist sie ihrem Wesen nach nicht dem Gesetz verwandt, sondern einer Verfügung. Sie ist nicht Ausführungsgesetz, sondern Generalverfügung, indem sie die Tätigkeit und das Verhalten der Anstaltsverwaltung einerseits und das der Benutzer andererseits normiert. Sie hat in erster Linie Rechtswirkungen nur innerhalb der Bibliotheksverwaltung: sie ist eine res interna dieser Verwaltung, während sie sich gegen Benutzer und andere Dritte nur mittelbar wendet. Dann aber erzeugt sie auch durchweg Wirkungen für diese. Wegen ihrer unmittelbaren Verbindlichkeit für die Anstaltsorgane bedarf sie keiner öffentlichen Bekanntmachung, keiner Verkündigung, sondern lediglich einer „Behändigung“[239]). Schließlich wird sie auch durch Anschlag oder Auslage den Benutzern der Anstalt zugänglich gemacht. Aus ihrem Inhalt ist dann zu entnehmen, ob es sich um Dienstanweisungen, Befehle, Ratschläge, Belehrungen oder Richtlinien handelt.

§ 18.

III. Die Bibliotheksgebühr.

Gemäß ihrem Charakter als Verwaltungsverordnung darf die Bibliotheksordnung keine Bestimmungen treffen, die über den Anstaltszweck hinausgehen, insbesondere nicht Pflichten auferlegen, die zum Vorbehalt des Gesetzes gehören[240]). Das ist wichtig für die Festsetzung der Benutzungsgebühren. Diese nehmen jedoch eine Ausnahmestellung insofern ein, als ihre Entrichtung nicht eine vertraglich vereinbarte Gegenleistung, sondern eine einseitig bestimmte

---

233) Vgl. List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 107.

234) Vgl. List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 110 ff.

235) Vgl. Hellmuth, Die Entwicklung d. Rechtsidee von der öffentlichen Anstalt . . ., Eisenbahn- u. verkehrsrechtl. Entscheidungen u. Abhandlungen, Bd. 43, S. 255; Giese-Neuwiem-Cahn, Dtsch. Verwaltungsrecht, S. 28, u. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 497.

236) Die Anstaltsordnung bedarf keiner gesetzlichen Ermächtigung, muß sich aber intra legem halten.

237) Vgl. Kormanns Einführung in die Praxis d. dtsch. Verwaltungsrechts, 1930, S. 33.

238) Vgl. List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 72; Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 497; Giese-Neuwiem-Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 28.

239) Vgl. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 7. Aufl., Bd. I, S. 158; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1924, Bd. II, S. 279.

240) Vgl. Kormanns Einführung i. d. Praxis des deutschen Verwaltungsrechts, 1930, S. 15: „Die Frage, ob die Bibliotheksordnung eine bestimmte Vorschrift treffen kann oder nicht, muß selbstverständlich aus einem Rechtssatze beantwortet werden, der über der Bibliotheksordnung steht.“

Benutzungsabgabe darstellt, die in dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Anstaltsverhältnisses begründet ist[241]).

Ihre einseitige Festsetzung durch die Anstaltsleitung ist ebensowenig eine Folge staatlicher Willkür wie es die Regelung irgendwelcher anderer Einzelheiten des Nutzungsverhältnisses ist. Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach den Grenzen des Anstaltszwecks. Werden diese Grenzen durch eine über das notwendige Maß hinausgehende Gebührenfestsetzung nicht beachtet, so kann der Benutzer im Verwaltungswege dem entgegentreten. Andererseits ist aber auch eine Abänderung der Gebührenhöhe etwa durch willkürliche Vereinbarung zwischen dem Benutzer und einem Anstaltsorgan unstatthaft.

Da die Gebührenregelung nicht nach dem privatwirtschaftlichen Prinzip von Leistung und Gegenleistung, sondern ausschließlich nach öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten erfolgt, ist der Ausdruck „Leihgebühr" unzutreffend. Das folgt bereits aus der Ablehnung des bürgerlich-rechtlichen Vertragstypus „Leihe" für das Bibliotheksrechtsverhältnis.

§ 19.

IV. Anstaltsgewalt. Anstaltspolizei.

Mit dem Eintritt in eine öffentliche Anstalt begibt sich der Benutzer in ein Gewaltverhältnis zu dieser. Damit wird für ihn die Pflcht zur Befolgung der Anstaltsordnung und zur Wahrung der Anstaltsdisziplin begründet. Diese Pflicht geht über die allgemeinen Untertanenpflichten hinaus. Sie ist eine gesteigerte[242]) und erstreckt sich auf alle Vorschriften, die dem Benutzer im Interesse des in dem Gewaltverhältnis verkörperten Verwaltungszweckes von der Anstaltsleitung erteilt werden.

Die Benutzung der Bibliotheken bedarf, wie erwähnt war, einer besonderen Ordnung und erfordert daher eine Ueberordnung der Anstaltsorgane über den einzelnen, eine Anstaltsgewalt, die sich nach der Anstaltsordnung richtet. Da sie einer Rechtfertigung bedarf, hat man versucht, eine freiwillige Unterwerfung unter die Anstaltsgewalt in der Inanspruchnahme ihrer Leistungen zu sehen. Aber auch da, wo eine solche Inanspruchnahme noch nicht vorliegt, erscheint bereits die Anstaltsgewalt. Ihr Grund ist lediglich die Tatsache des Eintritts in den Anstaltsbereich; und was dieser Tatsache Geltung gibt, ist ihre Eigenschaft als öffentliche Verwaltung, die mit einer Art Hausrecht[243]) ausgestattet wird. „Die Anstaltsgewalt bedeutet nicht, daß alles rechtmäßig sei, was in den Leistungen gegenüber dem Nutzer enthalten ist, sondern, daß im Rahmen des Zweckes der Anstaltsgewalt im Verwaltungswege bestimmt wird, was für den Nutzer Rechtens sein soll." Das so bestimmte wird durch den Realakt dann an ihm vollzogen. Die Anstaltsgewalt ist räumlich begrenzt und erfaßt daher die Anstaltsangehörigen in der Regel nur innerhalb des Anstaltsorganismus. Ihre sachliche Begrenzung ergibt sich aus spezialgesetzlichen sowie allgemeingesetzlichen Schranken. Eine Nichtbeachtung dieser Schranken gibt dem Verletzten das Recht, sich dagegen im Verwaltungswege zu wehren. Umgekehrt kann aber auch die Anstaltsgewalt die Pflichterfüllung

241) Vgl. Kormanns Einführung i. d. Praxis des deutschen Verwaltungsrechts, S. 33, und die Bibliotheksordnung der Preuß. Staatsbibliothek, § 68, Abs. 1; Giese-Neuwiem-Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 84; Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 374; Hellmuth, Eisenbahn- u. verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen, Bd. 43, S. 353 ff. Anders Fleiner, Institutionen, S. 338.

242) Vgl. Fleiner, Institutionen, S. 166.

243) Vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 497.

durch den Anstaltsbenutzer diesem gegenüber geltend machen. So können auf Grund der Anstaltsordnung Eingriffe in Eigentum und Freiheit des Nutzers erfolgen, wenn sie notwendig sind. Entziehung der anstaltsmäßigen Nutzungen ganz oder teilweise regeln sich nach ihr. Auch Zwang und Gewaltanwendung sind möglich, welche die Anstalt zunächst selbständig ausführt, darüber hinaus aber auch anderen Behörden, insbesondere der Polizei, übertragen kann[244]). Die Bibliotheksordnungen enthalten z. B. besondere Vorschriften gegen den Mißbrauch oder die unbefugte Mitnahme von Büchern. Wegen dieses Mißbrauchs oder Ungebühr kann die Ausweisung aus der Bibliothek erfolgen. Kraft unmittelbaren Verwaltungszwanges läßt die Bibliothek nach Ablauf der „Leihfrist" oder bei unerlaubt mitgenommenen Büchern sofort diese aus der Wohnung des betr. Nutzers wegnehmen[245]). Das Verwaltungszwangsverfahren ist anwendbar gemäß § 132 des Landesverwaltungsgesetzes. Straf- und Mahngebühren können gemäß § 1 Nr. 6 der Verordnung wegen exekutivischer Beitreibung der öffentlichen Abgaben vom 30. Juli 1853 beigetrieben werden.

Die Ordnung der öffentlichen Bibliotheken kann zur öffentlichen Ordnung gehören; dann besteht für sie ein Anspruch auf besonderen polizeilichen Schutz, der seine Richtung gegen dritte Personen nimmt, die mit der öffentlichen Bibliothek in keinem Rechtsverhältnis stehen, also dem Gewaltverhältnis nicht unterworfen sind. Zunächst war die Ausübung dieser Polizeigewalt Angelegenheit der Anstaltsorgane, die aber bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Notwehr durch die Polizei darin unterstützt werden können. Indessen ist ein selbständiges Eingreifen der Polizei nicht unmöglich. Es handelt sich dabei um den Selbstschutz des Staates. Gemäß dem Grundsatz, daß ein administrativer Eingriff in die persönliche oder sachliche Rechtssphäre dritter Personen nach dem Prinzip des Rechtsstaates nur auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden darf, kann auch die öffentliche Anstalt nur unter jener Voraussetzung in die persönliche Freiheit Dritter eingreifen oder dem Eigentum Dritter Beschränkungen auferlegen. Aus dem gesteigerten Schutzbedürfnis der Anstalt heraus haben Kormann[246]) und Fleiner[247]) eine besondere Anstaltspolizei konstruieren wollen. Die Frage ist streitig[248]). M. E. ist eine solche Konstruktion nicht durchaus notwendig, denn aus dem Wesen der Polizei folgt bereits, daß da, wo im Bestehen und Betrieb einer öffentlichen Anstalt besondere Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung hervortreten, die Polizei ohne weiteres berechtigt und verpflichtet ist, die zur Bekämpfung dieser Gefahren notwendigen Vorkehrungen zu treffen[249]). Daß sie sich dabei in erster Linie mehr von allgemein-polizeilichen Tendenzen leiten läßt als von rein anstaltlichen, bedarf m. E. keiner besonderen Begründung, und der Satz Fleiners „Darum dient häufig eine anstaltspolizeiliche Anordnung gleichzeitig den allgemeinen Anforderungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit" schwächt dann auch die Bedeutung der Unterscheidungen wesentlich ab, wenn man bedenkt, daß Anstaltsinteressen, die ein Eingreifen der Polizei bedingen, eigentlich immer identisch sind mit den Interessen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Darum erscheint der Ausdruck „Anstalts-

---

244) Vgl. List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 62 ff.; Giese-Neuwiem-Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 84.

245) Vgl. OVGE., Bd. 36, S. 434; Bd. 6, S. 355; Bd. 12, S. 412; Bd. 20, S. 448.

246) Vgl. Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, i. Ann. d. Dtsch. Reichs, 1912, S. 198 ff.

247) Vgl. Institutionen, 1928, S. 330 ff., und List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 69 f.

248) Dagegen besonders Waldecker, Die Anstaltspolizei, i. Ann. d. dtsch. R., 1915, S. 290 ff., 353; Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 420.

249) Aehnlich Giese-Neuwiem-Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 85.

polizei" als Besonderheit gegenüber der allgemeinen Polizei praktisch nicht durchaus erforderlich — wenn er sich auch theoretisch rechtfertigen lassen mag, besonders da, wo es sich um rechtswidrige Angriffe gegen öffentliches Eigentum handelt.

§ 20.

V. Das Freiexemplar — ein rechtmäßiger Eingriff in privates Recht zu Gunsten öffentlicher Bibliotheken.

Der Art. 153 der Reichsverfassung garantiert das Privateigentum und stellt es unter seinen besonderen Schutz. Aus einer liberalen Anschauungsweise kristallisierte sich allmächlich eine, im Vergleich mit früheren Epochen nicht mehr starre individualistische, sozialere Auffassung des Eigentums heraus, welche, wie die Richtlinien des Abs. 3 des Art. 153 beweisen, im Eigentum nicht nur eine Berechtigung, sondern auch eine Verpflichtung erblickt. Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 ergeben, daß die „Gewährleistung" dort endigt, wo die Gesetzgebung nicht nur über den „Inhalt" des Eigentums, sondern auch über seine „Schranken" zu bestimmen und die dem Eigentümer obliegenden Pflichten näher zu bezeichnen hat[250]). Der in der Enteignung liegende Eingriff der öffentlichen Gewalt in das Eigentum bedarf aber im Rechtsstaate seiner besonderen Rechtfertigung[251]). Diese Rechtfertigung ergibt sich aus der Erwägung, daß das Eigentum, welches zwar durch den Staat seine Anerkennung und seinen Schutz erhalten hat, seinen Anspruch hierauf verliert, wenn es mit den Kulturaufgaben des Staates in Widerspruch gerät, wenn es dem Wohle der Gesamtheit entgegentritt. In diesem Falle muß das Eigentum der Forderung des Staates weichen, allerdings unter der Voraussetzung, daß der Eingriff der Staatsgewalt aus solchem Grunde von der Rechtsordnung selbst zugelassen und bestimmt ist.

Aber auch da, wo keine unmittelbare Gefährdung des Staates durch Einzeleigentum vorliegt, kann die öffentliche Ordnung und Sicherheit einen Zustand bedingen, der obrigkeitliche Eingriffe rechtfertigt[252]). So ist es gesetzmäßig, daß sich der einzelne gewisse öffentlich-rechtliche Eingriffe in sein Eigentum zu Gunsten der öffentlichen Anstalten gefallen lassen muß[253]). Jedoch muß ein dringendes allgemeines Interesse an der Verwirklichung der in der Anstalt begründeten Ziele vorliegen, wenngleich auch jene Eingriffe zur direkten Erhaltung des Staatskörpers nicht unbedingt notwendig zu sein brauchen. Ein dem Staatswohl dienender öffentlicher Zweck und der Nutzen für einen größeren Kreis von Staatsbürgern sind genügende Voraussetzungen für solche obrigkeitliche Eingriffe[254]).

Zum Wohle der Allgemeinheit, nämlich zur Erhaltung der Vollständigkeit der Bibliotheken, gehört die Ablieferung von Freiexemplaren durch Verleger (in einzelnen Ländern auch durch Drucker) auf Grund des § 30 Abs. 3 des

250) Vgl. List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 95 f.; Anschütz, Die Verfassung d. Dtsch. Reichs, 10. Aufl., 1929, S 606.

251) Vgl. Nipperdey, Grundrechtskommentar, 1930, S. 219; Anschütz, Die Verfassung d. Dtsch. Reichs, S. 612 f.; Fleiner, Institutionen, 1928, S. 333.

252) Vgl. Stier-Somlo, Rechtsstaat, Verwaltung und Eigentum, i. Verw.-Arch., Bd. 30, S. 143.

253) So Nipperdey, Grundrechtskommentar, S. 221; Fleiner, Institutionen, 1928, S. 332; List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 96 f.

254) „Die bessere Benutzung entscheidet", vgl. Krückmann, Enteignung, Einziehung, Kontrahierungszwang . . . und die Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1930, S. 11.

Reichspreßgesetzes vom 7. Mai 1874[255]). Die Bestimmung wurzelt in der Zeit, wo der Urheberschutz noch nicht gesetzlich geregelt war, sondern von Fall zu Fall durch landesherrliches Privilegium verliehen wurde, und darum als Aequivalent für den gewährten Schutz die Ablieferung der Freiexemplare zu erfolgen hatte[256]).

Der rechtliche Charakter der Ablieferung von Freiexemplaren ist bestritten. Eine Sondersteuer ist die Ablieferungspflicht jedenfalls nicht[257]), weil sie nicht zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs des Staates erhoben wird. Sie ist auch keine Eigentumsbeschränkung zu Gunsten öffentlicher Bibliotheken[258]), sondern vielmehr eine öffentliche Last[259]), eine positive persönliche Leistung[260]). In der Ablieferungspflicht auf Grund des § 30 Abs. 3 des Reichspreßgesetzes eine Enteignung zu erblicken[261]), kann mit Rücksicht auf den im Art. 153 der Reichsverfassung begründeten Entschädigungsanspruch nur unter großen Bedenken geschehen. Denn nicht jedes Gesetz, das eine Vermögensbeeinträchtigung herbeiführt oder auch bezweckt, ist eine Enteignung im Sinne des Abs. 2 des Art. 153 — andernfalls wäre ja jedes Steuergesetz eine Enteignung, was selbstverständlich nicht der Fall ist[262]). Es muß darum unterschieden werden zwischen den Gesetzen, die lediglich den „Inhalt und die Schranken" des Eigentums gemäß Abs. 1 und 3 des Art. 153 der Reichsverfassung zum Ausdruck bringen (eigentumsbestimmende und eigentumsbelastende oder -beschränkende Gesetze), und denen, die, hierüber hinausgehend, mehr bedeuten, nämlich einen Enteignungsakt im Sinne des Abs. 2. Nur solche Gesetze, die den Charakter von Einzeleingriffen haben, indem sie bestimmte Personen oder begrenzte Personenkreise mit besonderen Opfern zu Gunsten des allgemeinen Wohles belasten, können als Enteignungen im Sinne des Abs. 2 aufgefaßt werden. Nur sie erzeugen den Anspruch auf „angemessene Entschädigung", andere nicht[263]). Der Art. 153 steht daher dem Rechte der öffentlichen Bibliotheken auf Freiexemplare nicht entgegen[264]); denn die vom Reichpreßgesetz § 30 Abs. 3 unbe-

---

255) Zur Frage der Abgabe von Freiexemplaren vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 399, 405, 465, 469; List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 49, 65 ff., 96, 132, 135. Der Preuß. Allerhöchste Erlaß v. 28. Sept. 1798 (Bitters Handw.-B., I, S. 292) spricht von der Ablieferungspflicht zum Besten der Landesbibliothek u. der Wissenschaften, „deren Kultur durch eine vollständige, wohlgeordnete und in der Hauptstadt zu jedermanns Gebrauch offenstehende Büchersammlung bekanntermaßen nicht wenig befördert wird". OVGE., Bd. 36, S. 435; Bd. 83, S. 199 ff.; Appelius, Eine Verpflichtung der Verleger zur Abgabe von Freiexemplaren, i. DJZ., Bd. 3, S. 403; Stois, Streitfragen aus dem Bayrischen Pflichtexemplarrecht, Z. f. B., 1930, S. 219 ff.; ders., Das Recht der Pflichtexemplare mit bes. Berücksichtigung d. Dtsch. Rechts, Z. f. Bd. 42, S. 112; List, Das Recht der Hessischen Staatsbibliotheken auf Freiexemplare unter Berücksichtigung allgem. dtsch. Verwaltungsrechts, Z. f. B., Bd. 44, S. 46; Labes, Beschlagnahmte Druckschriften u. ihre Verweisung an staatl. Bibliotheken, Z. f. B., Bd. 40, S. 142, sowie d. auf S. 43, Fußnote 1 d. Diss. angegebene Literatur.

256) Vgl. OVGE., Bd. 83, S. 207; Häntzschel, Reichspreßgesetz, 1927, S. 253.

257) Vgl. Gerloff, Handbuch d. Finanzwissenschaft, 1926, S. 437. Für eine Sondersteuer Gardthausen, Handbuch d. Bibliothekskunde, Bd. 1, S. 95.

258) List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 97, geht in der Annahme einer öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung zu unbedenklich an den Rechtsfolgen der Ablieferungspflicht vorüber. Bei dieser handelt es sich um mehr als eine bloße Einschränkung der Tragweite des Eigentums an den abzuliefernden Exemplaren, und zwar um den völligen Eigentumsverlust. Ueber wirkliche Eigentumsbeschränkungen vgl. dagegen Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 397 ff., und Fleiner, Institutionen, 1928, S. 332 ff.

259) So Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 401; Paalzow, Die Pflichtexemplare und ihre Gegner, Z. f. B., Bd. 18, S. 155, 464; Appelius, i. D. J. Z., Bd. 3, S. 404.

260) Vgl. Fleiner, Institutionen, 1928, S. 333.

261) So v. Liszt, Das Dtsch. Reichspreßrecht, 1880, S. 65; vgl. auch die Ausführungen v. List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 97 f.

262) Vgl. S. 38 Fußnote 2 d. Diss. z. Frage, was Gegenstand einer Enteignung sein kann.

263) Vgl. Anschütz, Die Verfassung d. Dtsch. Reichs, 1929, S. 613 f.; List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 97.

264) So Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 464; List, Grundriß eines Bibliotheksrechts, S. 97.

rührt gebliebenen Landesgesetze über die Abgabe von Freiexemplaren an Bibliotheken und öffentliche Sammlungen sind nicht Enteignungsgesetze im Sinne des Art. 153, sondern lastenbegründende Gesetze[265]).

Entsprechend dem bei Inkrafttreten des Reichspreßgesetzes bestehenden Rechtszustand ist der Vorbehalt des § 30 Abs. 3 dahin auszulegen, daß er den Ländern das Recht erhält, die Abgabepflicht für die in ihrem Gebiet verlegten Druckerzeugnisse aufrechtzuerhalten oder durch neue Gesetze zu begründen. Auf Grund des Vorbehalts sind auch Bestimmungen zulässig, welche im Falle der Abgabeverweigerung unmittelbaren Verwaltungszwang zulassen. So gilt in den alten Provinzen Preußens von dem Tage des Inkrafttretens des Reichspreßgesetzes an der § 6 des Preußischen Preßgesetzes vom 12. Mai 1851, der nur die Pflicht des Verlegers zur Einsendung von Freiexemplaren aufrecht erhält, während ältere Bestimmungen über eine Abgabepflicht der Drucker in Preußen erloschen sind[266]). Die „bisherige Verpflichtung", an der hier festgehalten wird, gründet sich auf Ziffer 5 der Kabinettsorder vom 28. Dezember 1824. Durch Kabinettsorder vom 12. März 1847[267]) wurde die Ablieferungspflicht dahin modifiziert, daß „alle Druckschriften ohne Ausnahme, Kupferwerke und Landkarten, aber dann als ablieferungspflichtig anzusehen sind, wenn sie in Begleitung eines gedruckten Textes, gleichviel von welchem Umfang und welcher Bedeutung, erscheinen." Für den Fall der beharrlichen Nichtablieferung der Freiexemplare ist gemäß § 78, II, Titel 14, des Allgemeinen Landrechts die Wegnahme derselben durch unmittelbaren Verwaltungszwang zulässig, wogegen nach § 36 der Verordnung vom 26. Dezember 1808 der Rechtsweg ausgeschlossen ist[268]). Die Ausführung des Verwaltungszwanges hat jetzt auf Grund des § 132 des Preußischen Landesverwaltungsgesetzes zu erfolgen. Da es sich nicht um eine polizeiliche, sondern um eine auf besonderem Rechtstitel beruhende behördliche Vollstreckungsmaßnahme handelt, sind Rechtsmittel dagegen auch heute nicht zulässig[269]).

§ 21.

VI. Streitigkeiten über das öffentliche Bucheigentum.

Grundsätzlich lebt die öffentliche Anstalt nach öffentlichem Recht, und das mit Rücksicht auf den öffentlichen Zweck. Trotzdem kann sie, wie gezeigt wurde[270]), in Rechtsbeziehungen zivilrechtlicher Natur treten, und zwar dann, wenn sie durch ausdrücklichen Verwaltungsakt oder auch formlose Amtshandlung (Einziehung) der Anwendung des Zivilrechts Raum gibt. Die

---

265) Vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1927, S. 401.

266) So z. B. in Schleswig-Holstein; vgl. dazu besonders OVGE., Bd. 83, S. 199 ff.; Häntzschel, Reichspreßgesetz, S. 273 f. Ueber die abweichenden Bestimmungen in den preußischen Provinzen und den Ländern vgl. daselbst S. 271 ff

267) Abgedr. i. Min.-Bl. f. d. innere Verw., S. 164.

268) Vgl. über die Weitergeltung dieser Vorschriften den Erlaß der Minister des Innern, d. geistlich. usw. Angelegenheiten v. 4. August 1876 i. Z.-Bl. d. Unterrichtsverw., S. 527; auch die Ministerialverfügung betr. die Einsendung von Drucksachen an die Kgl. Bibl. in Berlin und die Provinzialbibliotheken v. 9. Juli 1907, Min.-Bl. f. d. innere Verw., 1907, S. 227.

269) Die in den älteren Provinzen Preußens geltenden Bestimmungen, welche die Unzulässigkeit des Rechtsweges und die Befugnis der Verwaltungsbehörden zur exekutivischen Einziehung der Pflichtexemplare betreffen, sind durch Art. 1 der Allerhöchsten Verordnung v. 16. Sept. 1867 (GS. 1515) und durch § 1, Nr. 2 d. Verordnung v. 22. Sept. 1867 (GS. 1553) auch auf die neupreußischen Provinzen ausgedehnt worden. Vgl. OVGE., Bd. 36, S. 434 und 435; List, Grundriß, S. 64 ff. Auch OVGE., Bd. 83, S. 199 ff., obwohl es jenem Drucker aus Schleswig-Holstein den vollen Rechtsschutz gewährt, muß jedoch, wenn es sich um die Ablieferungspflicht eines Verlegers handeln würde, folgerichtig zu einer Abweisung d. Klage gelangen. Vgl. auch Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 405.

270) Vgl. S. 80 der Diss.

Scheidung aber der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse der Anstalt ist die Grundlage des Gegensatzes ihrer bürgerlichen und nichtbürgerlichen Rechtsstreitigkeiten[271]).

Der Rechtsstreit über das öffentliche Bucheigentum selbst, in welchem jede der Parteien öffentliches Eigentum behauptet, ist nur denkbar zwischen zwei öffentlichen Bibliotheken und bildet darum eine Art Zuständigkeitsstreit, der vor die Verwaltungsgerichte gehört. Liegt ein Rechtsstreit vor über das zivilrechtliche Eigentum, das möglicherweise hinter der öffentlichen Sache steht, dann kann mit der Klage vor den ordentlichen Gerichten der Eigentümer nur Feststellung seines von anderer Seite bestrittenen Privateigentums verlangen mit keiner anderen Wirkung als der, daß ihm nach Einziehung des betr. Gegenstandes wieder die freie Verfügungsmacht darüber zufällt[272]). Der Streit aber zwischen zivilem und öffentlichem Eigentum behandelt eine Frage des öffentlichen Rechts und gehört darum nicht vor die ordentlichen Gerichte[273]). Die Bibliothek behauptet öffentliches Eigentum, der private Gegner ziviles Eigentum. Hierbei kommt der Bibliothek die Polizei der öffentlichen Sache zugute. Die Bibliothek bestimmt selbständig, was sie als öffentlich ansehen und behandeln will, und behauptet sich im Besitz durch die ihr gegebene Gewalt: das öffentliche Eigentum ist in sich selbst geschützt. So bedarf die Bibliothek niemals einer Besitzklage — sie setzt sich einfach in Besitz und erhält sich in ihm —, ebensowenig einer Eigentumsklage auf Herausgabe. Es wird auch dem Gegner nicht möglich sein, mit der Besitzklage zu beginnen, um dadurch den Besitz und die Beklagtenstellung zu erlangen; denn gegen den Herrn der öffentlichen Sache ist eine Besitzklage unmöglich. Gegen ihn ist nur Beschwerde oder Verwaltungsklage zulässig[274]).

Damit ist nicht gesagt, daß der private Gegner in seiner Parteistellung gegenüber dem Staat geschwächt wird. So gibt es gegen die Anforderung von Pflichtexemplaren in Preußen zwar nur die formlose Beschwerde. Jedoch eröffnet das Oberverwaltungsgericht auch das Verwaltungsstreitverfahren. Da die berechtigte Bibliothek im Falle der Abgabeverweigerung nicht selbst vollstrecken kann, wendet sie sich an die zuständige Ortspolizeibehörde mit dem Ersuchen, die betr. Bücher zu beschlagnahmen. Kommt die ersuchte Behörde diesem durch Anordnung des Verwaltungszwanges nach, so ist das nicht etwa eine polizeiliche Verfügung, da der Zweck dieser Maßnahme nicht auf polizeilichem, sondern kulturellem, Gebiet liegt[275]). Daher weist das Oberverwaltungsgericht folgerichtig die gegen die Anordnung der Ortspolizeibehörde erhobene Klage als unzulässig ab, wenn das Ersuchen der Bibliothek begründet war. Es müßte auch im entgegengesetzten Falle so verfahren. In Wirklichkeit aber hebt das Oberverwaltungsgericht hier die Anordnung der Ortspolizeibehörde auf mit der Begründung, wenn das Ersuchen der Bibliothek unberechtigt gewesen sei, habe die Ortspolizeibehörde eigene Gewalt, d. h. eben nur Polizeigewalt, zur Anwendung gebracht, damit also eine Polizeiverfügung erlassen, die der Anfechtung im Verwaltungsstreitverfahren unterliegt. Da keine Polizeiwidrigkeit gegeben ist, hebt das Oberverwaltungsgericht die Verfügung auf[276]). Im Ergebnis wird damit der umfassende verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz gewährt.

---

271) Vgl. dazu die Ausführungen von List, Grundriß eines Bibliotheksrecht, S. 100 ff. und 117 ff., sowie bei Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1924, Bd. 2, S. 68 f.

272) So Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, S. 494.

273) Vgl. Hofacker, Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, 1931, S. 11.

274) Vgl. RGE., i. Gruch Beitr., Bd. 59, S. 170 ff.

275) Vgl. OVGE., Bd. 83, S. 199 ff. und OVGE. v. 15. Mai 1930, abgedr. i. Reichsverw.-Bl., Bd. 52 (1931), S. 330 ff.

276) Vgl. OVGE., Bd. 83, S. 199 ff.; Bd. 36, S. 434 ff.; Bd. 65, S. 279 ff. und Bd. 75, S. 400 ff.

Leitsätze

§ 22.

1.

Im Rahmen des Rechts der öffentlichen Anstalten und der öffentlichen Sachen sind die zur Zeit als herrschend geltenden absolut oder auch nur eingeschränkt privatrechtlichen Anschauungen über die Bibliotheksnutzungs- und -eigentumsverhältnisse notwendig einer Revision zu unterziehen:

Es bedarf einer scharfen Trennung zwischen öffentlichen Anstalten und Einrichtungen des privaten Rechts. Die eindeutige Ausprägung des Anstaltscharakters der öffentlichen Bibliotheken, die spezifisch öffentlich-rechtliche Struktur ihrer Rechtsverhältnisse geben privatrechtlicher Beurteilung keinen Raum.

Oeffentliche Bibliotheken sind darum nur solche, die, in der Hand eines Trägers öffentlicher Gewalt, ihre Aufgaben vorwiegend durch den Realakt erfüllen und sich in ihren unmittelbaren Beziehungen zu ihren Benutzern der öffentlich-rechtlichen Norm bedienen.

Diese enge Fassung des Rechtsbegriffes der öffentlichen Bibliotheken gibt die Möglichkeit zu einer fruchtbaren Auswertung durch geltendes Recht und die Gesetzgebung, von welch letzterer das Bibliotheksrecht überhaupt bisher nur unvollkommen bedacht worden ist.

2.

Der öffentlich-rechtliche Charakter des Bibliotheksorganismus und seiner Rechtsverhältnisse zwingt zu der Annahme, daß insbesondere auch das Bibliothekseigentum nicht gewöhnliches Privateigentum sein kann, sondern ein Eigentum sein muß, das im öffentlichen Recht wurzelt.

Entgegen der herrschenden Meinung, die in einseitiger und willkürlicher Einstellung nur Immobilien als öffentliche Sachen anerkennen will — die positive Rechtsordnung bietet keine Stütze für diese Einseitigkeit — ist auch der Bücherschatz der öffentlichen Bibliotheken als ein Teil des staatlichen Verwaltungsvermögens in den Kreis öffentlicher Sachen einzubeziehen.

Wie bei den öffentlichen Wegen sind Widmung und Einziehung auch hier die Voraussetzungen für die Entstehung und Endigung des öffentlichen Bucheigentums, ohne daß in ihnen Verwaltungsakte oder Akte mit deklatorischer Wirkung zu erblicken wären.

Das Eigentum als solches ist ein Oberbegriff des allgemeinen Rechtssystems. Privateigentum kann darum nur eine Fiktion sein. Auch das öffentliche Bucheigentum ist „wirkliches" Eigentum, das seinem Wesen und Inhalt nach durch Widmung und Einziehung nicht ver-

ändert wird. Erst bei Anwendung des einheitlich geschlossenen Eigentumsgedankens auf speziell öffentlichrechtliche Tatbestände innerhalb der Bibliotheksrechtsverhältnisse erscheint das Bucheigentum als ein öffentlichrechtliches Bucheigentum unter Ausschluß von Formen, Bedingungen und Wirkungen des Privatrechts.

Mit der Ausschaltung des bürgerlichen Rechts und damit der ordentlichen Gerichte in Bezug auf die öffentlichen Sachen überhaupt wird ein wesentliches Erfordernis zur Vereinheitlichung des öffentlichen Rechts und der Verwaltungsrechtsprechung erfüllt.

3.

Aus der Feststellung der öffentlich-rechtlichen Natur des Bucheigentums und seiner Rechtsordnung folgt, daß es auch nur öffentlich-rechtlich genutzt werden kann. Oeffentlich-rechtliche Anstaltsnutzung ist die Form der zwischen öffentlichen Bibliotheken und ihren Benutzern sich gestaltenden Rechtsbeziehungen nach vorangegangener einseitiger Zulassung zur Bibliotheksbenutzung und Gebrauchserlaubnis. Da sich der Benutzer, sofern er eine Bibliothek in Anspruch nimmt, in ein besonderes Gewaltverhältnis begibt, in welchem der privatrechtliche Grundsatz der Vertragsfreiheit keine Geltung hat, ist hier die Annahme des privatrechtlichen Leihvertrages irrig.

4.

Das geht hervor aus der einseitigen Bestimmung der Rechte und Pflichten aus dem Nutzungsverhältnis durch die Benutzungsordnung in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsverordnung.

Dementsprechend ist auch die Benutzungsgebühr keine Leihgebühr, die etwa nach dem privatwirtschaftlichen Prinzip von Leistung und Gegenleistung erstattet wird, sondern ausschließlich eine öffentlich-rechtliche Gebühr.

Die besondere Kennzeichnung des Nutzungsverhältnisses als Gewaltverhältnis ergibt sich aus der Ueberordnung der Anstaltsorgane über den Benutzer, der sogenannten Anstaltsgewalt.

5.

Ein weiterer Ausfluß öffentlichen Rechts ist die Vervollständigung der Bibliotheken durch das Freiexemplar unter dem Gesichtspunkt, daß sich der einzelne öffentlich- rechtliche Eingriffe in sein Eigentum zu Gunsten der öffentlichen Anstalten gefallen lassen muß, wenn ein dringendes allgemeines Interesse an der Verwirklichung der in der Anstalt begründeten Ziele vorliegt, daß ein dem Staatswohl dienender öffentlicher Zweck und der Nutzen für einen größeren Kreis von Staatsbürgern solche Eingriffe um so mehr rechtfertigt, wenn sie durch Gesetz konzediert sind.

6.

Die Scheidung der privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisse der Bibliothek ist die Grundlage für die Zuweisung von Streitigkeiten an die ordentlichen oder Verwaltungsgerichte. Nur durch letztere findet das öffentliche Bucheigentum seinen gebührenden Rechtsschutz.

Lebenslauf

Ich, Friedrich, Karl, Paul Kempke, wurde am 8. Juli 1904 als Sohn des Stadtamtmanns Paul Kempke in Neukölln geboren, bin evangelischer Konfession und besitze die preußische Staatsangehörigkeit. Am 20. September 1922 erhielt ich nach bestandenem Abiturientenexamen das Reifezeugnis der Albrecht-Dürer-Oberrealschule zu Neukölln. In der Folge widmete ich mich dem juristischen Studium, und zwar vom 16. Oktober 1922 bis zum Schluß des Wintersemesters 1924-25 an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, vom 18. April 1925 bis zum Schluß des Sommersemesters 1926 sowie vom 2. Mai 1927 bis zum 12. Januar 1928 an der Philipps-Universität zu Marburg, vom 8. Mai 1928 bis zum Schluß des Sommersemesters 1928 sowie vom 7. Mai 1929 bis zum Schluß des Sommersemesters 1930 an der Preußischen Universität Greifswald, insgesamt 14 Semester. Am 2. Juni 1932 bestand ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster die juristische Doktorprüfung.

Buch- und Verlagsdruckerei Mier & Glasemann, G. m. b. H, Berlin-Neukölln, Bergstraße 35-36